

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 19

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2016

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauer Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Samuel Max Gabbay (IFRJ).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 19 (julho/dezembro 2016)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

Colaboraram neste número

Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professora de Direito Empresarial da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. *Life and Professional* formada pela Sociedade Brasileira de Coaching – SBC. Ex-Conselheira Titular da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Espírito Santo. Advogada.

E-mail: alessandralmsa@gmail.com

Angelo de Carvalho

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Integrante do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado – FD/UnB. Advogado.

E-mail: angelogpc@hotmail.com

André Brandão Nery Costa

Doutorando pela *Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*. Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado.

E-mail: andrebnc@hotmail.com

Átila de Alencar Araripe Magalhães

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Administração de Empresas pela UNIFOR. Especialista em Direito e Processo Tributários pela UNIFOR. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Professor de Direito Processual Civil da Graduação da UNIFOR. Advogado.

E-mail: atila@leiteararipe.adv.br

Carlos Martins Neto

Doutorando em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito

de Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Professor do Programa de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO. Professor convidado do MBA em Finanças do COPPEAD/UFRJ. Advogado no Rio de Janeiro.

E-mail: carlos@moreiramenezes.com.br

Guilherme Bonato Campos Caramês

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR.

E-mail: guilhermebonatocarames@gmail.com

Jakson Lima Rocha

Discente da Graduação em Direito na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

E-mail: jaksonrocha7@hotmail.com

Jean-Sylvestre Bergé

Professor de Direito na Université Nice Sophia Antipolis – Côte D’Azur (UNS – UCA). Parceiro do Institut Universitaire de France – IUF. Membro do “Research Group in Law, Economics and Business” (GRE-DEG – UMR CNRS nº 7321) e do “European University Network – European Area of Freedom, Security and Justice” (GDR CNRS AFSJ, No. 3452). Coordenador do IFITIS Research Programme (IUF 2016-2021).

E-mail: jsberge@gmail.com

João Rafael Zanotti Guerra Frizzera Delboni

Discente da Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

E-mail: joaorafael@machadoferreiraneto.com

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Doutora pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre pela UFPR. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professora associada da UFPR. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UFPR e da PUC-PR.

E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

Nicholas Furlan Di Biase

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

E-mail: nicholas@moreiramenezes.com.br

Pedro Wehrs do Vale Fernandes

Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduado em Direito Empresarial com Concentração em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-Direito Rio. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Professor de Direito Societário no programa de pós-graduação *lato sensu* da FGV-Direito Rio. Advogado.

E-mail: pwf@bpbpc.com.br

Renata Albuquerque Lima

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora do Curso de Direito da UNICHRISTUS.

E-mail: realbuquerque@yahoo.com

Sumário

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN MOUVEMENT: PARADOXE ET PERSPECTIVE Jean-Sylvestre Bergé	1
A PRORROGAÇÃO DO STAY PERIOD: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL Guilherme Bonato Campos Caramês e Marcia Carla Pereira Ribeiro.....	19
A PROTEÇÃO DO SÓCIO MINORITÁRIO NA SOCIEDADE LIMITADA Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque e João Rafael Zanotti Guerra Frizzera Delboni	49
DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUAS MODALIDADES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: A BUSCA PELA WORKABLE COMPETITION Jakson Lima Rocha, Renata Albuquerque Lima e Átila de Alencar Araripe Magalhães.....	87
NOTAS SOBRE O ESTÁGIO ATUAL DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA NO BRASIL Carlos Martins Neto.....	113
ANÁLISE COMPARADA DOS TIPOS CONTRATUAIS DE CONCESSÃO COMERCIAL E DE FRANQUIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: A BUSCA PELA DELIMITAÇÃO DA MIRÍADE LEGISLATIVA André Brandão Nery Costa.....	143
OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO CATEGORIA DOGMÁTICA: CARACTERÍSTICAS GERAIS DE UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO Angelo de Carvalho	181
MECANISMOS NECESSÁRIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE CONFORMIDADE ANTICORRUPÇÃO COMO EXIGIDO PELA LEI Nº 12.846/2013 Nicholas Furlan Di Biase	231
A IRRELEVÂNCIA DAS ALEGAÇÕES DE “QUEBRA DE AFFECTIO SOCIETATIS” E “LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO” NA FUNDAMENTAÇÃO DAS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE OBJETIVANDO RETRADA DE SÓCIO Pedro Wehrs do Vale Fernandes	275

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN MOUVEMENT: PARADOXE ET PERSPECTIVE¹

INTELLECTUAL PROPERTY IN MOTION: PARADOX AND PERSPECTIVE

Jean-Sylvestre Bergé

Résumé: Qu'est-ce que le mouvement, la circulation en droit de la propriété intellectuelle? La situation est paradoxale. Les objets de propriété intellectuelle circulent dans une proportion considérable. En revanche, il est assez difficile de dire que les droits de propriété intellectuelle circulent de territoire en territoire. L'explication de cette absence de circulation des droits de propriété intellectuelle doit être recherchée dans le principe de territorialité qui commande la protection internationale de la propriété intellectuelle. Mais ce principe est de plus en plus marginalisé, de sorte que la question se pose de la fin d'un mythe qui viendrait ainsi ouvrir la perspective d'une véritable circulation des droits de propriété intellectuelle.

Mots-clés: Propriété intellectuelle. Circulation. Territorialité.

Abstract: What is movement, circulation in intellectual property law? The situation is paradoxical. The objects of intellectual property rights is circulating to a considerable extent. On the other hand, it is rather difficult to say that intellectual property rights circulate from territory to territory. The explanation of this lack of circulation

¹ Artigo recebido em 26.09.2017 e aceito em 01.11.2018.

of intellectual property rights must be sought in the principle of territoriality which commands the international protection of intellectual property. But this principle is increasingly marginalized, so that the question arises of the end of a myth that would open the prospect of a real circulation of intellectual property rights.

Keywords: Intellectual Property. Circulation. Territoriality.

Indice: Introduction. I. L'absence de circulation des droits de propriété intellectuelle ou le principe de territorialité. II. La marginalisation du principe de territorialité. III. Les perspectives en termes de circulation des droits de propriété intellectuelle. Em guise de conclusion.

Introduction

Les droits de propriété intellectuelle sont placés dans une situation que l'on peut qualifier de paradoxale. Les objets de propriété intellectuelle circulent dans une proportion considérable. Les livres, interprétations, reproductions, exécutions, représentations, inventions, signes distinctifs, dessins et modèles, etc. se déplacent massivement depuis toujours de territoires nationaux en territoires nationaux. En revanche, il est assez difficile de dire, par la même occasion, que les droits de propriété intellectuelle circulent de territoire en territoire. Où sont les petits pieds qui conduiraient, les droits d'auteur, droits voisins, droits des brevets, droits des marques et indications géographiques, droits de dessins et modèles d'origine française à circuler en Allemagne, aux Etats-Unis ou en Chine, par exemple? On ne dit pas qu'un droit de propriété intellectuelle circule sur un autre territoire. On dit qu'un droit de propriété intellectuelle originaire d'un territoire A soulève la question de sa protection sur un autre territoire B.

L'explication de cette absence de circulation des droits de propriété intellectuelle doit être recherchée dans le principe de territorialité qui commande la protection internationale de la propriété intellectuelle (I.). Mais ce principe est de plus en plus marginalisé (II.), de

sorte que la question se pose de la fin d'un mythe qui viendrait ainsi ouvrir la perspective d'une véritable circulation des droits de propriété intellectuelle (III.).

I. L'absence de circulation des droits de propriété intellectuelle ou le principe de territorialité

La territorialité est une notion d'inspiration essentiellement doctrinale. L'expression "principe de territorialité" est, en effet, fréquemment employée dans la littérature juridique spécialisée². En revanche, les textes de droit positif ne s'y réfèrent pas explicitement, se contentant de références au "territoire" ou parfois "multiterritoire". Quant à la jurisprudence, elle n'a jamais donné à l'expression un véritable écho, si l'on excepte une jurisprudence récente de la Cour de justice³.

La territorialité est d'abord une idée avant d'être un principe juridique. Elle désigne, en effet, plusieurs réalités qu'il faut savoir distinguer.

Au premier niveau, la territorialité traduit, de manière tout à fait banale, l'assise territoriale des lois nationales. Le droit français définit, sur le territoire national, le droit de la propriété intellectuelle français. Il préside à la reconnaissance d'un droit subjectif de dimension essentiellement nationale. Il institue des procédures nationales d'octroi et de défense de ce droit. Il en va de la propriété intellectuelle

2 Voir notamment sur ce sujet, avec les nombreuses références citées: J. Raynard. *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*. Paris: Litec, 1990; N. Bouche. *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*. Paris: L'Harmattan, 2002. Pour une analyse critique, voir notre contribution: "Principle of Territoriality and Intellectual Property / Principe de territorialité et propriété intellectuelle". *In International Private Law and Intellectual Property / Droit international privé et propriété intellectuelle* (dir. C. Nourissat & E. Treppez): Lamy, 2010, p. 50.

3 CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, Pinckney.

comme de l'ensemble des droits subjectifs réglementés à un niveau national aux fins d'y être reconnus et exercés.

Cette première idée de territorialité, qui lie l'existence d'une réglementation à un territoire, trouve en droit de la propriété intellectuelle un écho particulier dans la mesure où ce droit fait l'objet d'actes de revendication. Dans des hypothèses assez nombreuses, le droit n'existe que parce qu'il est revendiqué, la revendication se faisant notamment auprès d'administrations nationales (demandes d'enregistrement de titres de propriété industrielle). Peu importe que pour certains droits les formalités préalables de délivrance de titres aient disparu, comme c'est le cas, en France, pour le droit d'auteur et les droits voisins. L'idée reste la même: le droit exclusif requiert une intervention étatique soit par l'intervention d'une décision individuelle, soit de manière automatique par la loi. Il existe donc bien un lien entre le droit et le territoire, puisque pour être protégé sur le territoire, le droit doit, en règle générale, y être revendiqué⁴.

Mais la territorialité ne prend son véritable – et troisième – sens en droit de la propriété intellectuelle qu'en raison de l'intervention du principe d'indépendance étatique du droit. Selon ce principe, la protection du droit de la propriété intellectuelle définie sur un territoire national est normalement indépendante de celle reconnue sur les autres territoires nationaux. Il s'agit d'un principe substantiellement international, en ce sens qu'il propose une solution spécifique aux situations internationales.

Ce principe d'indépendance étatique du droit a une valeur en droit positif. Il est, en effet, inscrit dans les grands textes qui gouvernent la protection internationale de la propriété intellectuelle⁵.

4 C'est la solution préconisée par l'arrêt Pinckney: CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, préc.

5 La Convention de Paris (CUP) y fait expressément référence s'agissant des brevets (art. 4 bis et 5 quater) et des marques (art. 6); la Convention de Berne (CUB) pose un principe d'indépendance de la protection du droit d'auteur dans le pays où elle est demandée par rapport au pays d'origine de l'œuvre (art. 5.2); le Règlement (CE) n° 864/2007 ("Rome 2") s'attache à

Au niveau régional, on peut également dire que l'Union européenne a défini, dans une certaine mesure, une territorialité européenne: la protection des droits dans l'UE est, en principe, indépendante de la protection des droits dans les Etats tiers⁶.

La justification première de ce principe d'indépendance étatique des droits repose historiquement sur une idée généreuse. Il s'est agi d'éviter que sur le territoire national ou régional la protection ne soit limitée en raison d'une protection moins grande ou non-protection du droit dans le pays d'origine. Le principe d'indépendance étatique du droit prolonge ainsi la règle de l'assimilation et le principe de l'application de la loi du pays pour lequel la protection est demandée.

Dans ce contexte d'indépendance étatique des droits de propriété intellectuelle, la circulation des objets juridiques est parfaitement marginale: très rares seront les hypothèses, en effet, où la reconnaissance d'un droit étranger de propriété intellectuelle sera invoquée (reconnaissance du titre étranger: autorisation administrative ou jugement) sur le territoire national. A chaque passage de frontière, l'objet doit satisfaire aux exigences nationales: exigences de droit matériel et exigences de droit international privé. Il se peut qu'à cette occasion une place soit faite à l'application d'une loi étrangère. Il est théoriquement envisageable qu'un juge ait à appliquer une autre loi nationale que celle de son territoire. Mais l'hypothèse demeure statistiquement exceptionnelle.

considérer que le droit de propriété intellectuelle est régi par "la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée" (art. 8.1), de sorte que si cette protection est demandée sur différents territoires, le juge doit faire une application distributive de plusieurs lois.

6 Par différents biais, le droit européen s'efforce d'unifier les solutions applicables à la propriété intellectuelle au niveau régional. Chaque fois que l'UE parvient à ce résultat, la tentation est forte pour elle de dissocier le régime juridique du droit de propriété intellectuelle sur l'ensemble du territoire européen de celui qui est défini dans les pays tiers. Les illustrations de ce phénomène sont nombreuses. On se contentera ici d'en signaler deux: la définition d'une règle de l'épuisement communautaire des droits qui permet de dissocier la circulation des biens intellectuels à l'intérieur de l'UE de celle qui est régie par le droit des pays tiers à l'UE; la réintroduction du dispositif de comparaison des durées de protection du droit d'auteur vis-à-vis des droits originaires de pays tiers alors que dans les rapports intra-européens la durée de protection a été souvent unifiée.

Cette approche strictement territoriale présente pour inconvénient majeur de fractionner le régime juridique du droit de propriété intellectuelle pays par pays. Comment peut-on concevoir de traiter juridiquement une situation localisée sur un nombre important de territoires différents en leur faisant application d'autant de lois nationales qu'il y a de territoires? Dans le cas de l'utilisation des réseaux numériques, c'est purement et simplement inconcevable.

C'est pour cette raison que le principe d'indépendance étatique des droits, sans jamais être solennellement remis en cause, n'a eu de cesse d'être marginalisé au fur et à mesure que s'est développé le droit international et européen de la propriété intellectuelle.

II. La marginalisation du principe de territorialité

Depuis toujours, on peut dire que le dispositif international de protection de la propriété intellectuelle a cherché à corriger les effets de cloisonnement produits par le principe d'indépendance étatique des droits.

La liste est longue, en effet, des mécanismes qui s'efforcent de marginaliser cette approche strictement nationale d'un objet de propriété intellectuelle fortement internationalisée.

A ce titre, on peut signaler les solutions envisagées en droit international privé pour déroger à l'application de la seule loi du pays pour lequel la protection est demandée. Si toutes les conventions posent comme objectif premier la règle de l'assimilation de l'étranger au national, il existe des cas particuliers dans lesquels la protection du droit dans un pays A peut être fonction de la protection du droit dans un pays B dont le droit est originaire. On trouve trace de ces cas particuliers dans quelques textes conventionnels⁷. La portée de ces textes ne doit pas être exagérée cependant. Outre le fait qu'elle peut être

⁷ Article 6 quinquies de la Convention de Paris et articles 2.7, 7.8 et 14 ter de la Convention de Berne.

anéantie par le principe européen de non-discrimination⁸ ou que ces règles ont un caractère purement volontaire⁹, il faut savoir que le processus de rapprochement des droits nationaux à l'œuvre à l'échelle internationale et, surtout, européenne met à mal la portée de ces exceptions qui trouvent leur justification dans l'incapacité des négociateurs des traités de l'époque à s'entendre sur une protection uniforme. Elles ont donc aujourd'hui une portée limitée. Au plus fort de leurs conséquences, elles ne jouent plus guère que dans les rapports au pays tiers à l'UE¹⁰.

Mais on songe, surtout, aux différents processus de rapprochement, d'unification ou, plus modestement, de coordination des droits nationaux qui ont pour ambition soit de gommer les particularismes locaux en rendant équivalente la protection accordée au droit d'un territoire national à un autre, soit de faciliter une circulation des demandes de protection des droits d'un territoire national à un autre.

Le droit de l'Union européenne a ainsi poussé la logique de rapprochement des droits nationaux très loin, raison pour laquelle on s'attardera sur la situation qu'il a ainsi nouvellement créée sur le continent européen. Sur des questions de plus en plus variées, de nombreux textes de droit dérivé ont été adoptés qui s'efforcent de définir un régime de protection du droit plus élaboré que celui que l'on connaît au niveau conventionnel traditionnel. La voie empruntée est celle des directives que les Etats doivent transposer dans leur législation nationale et qui conduisent à une harmonisation plus ou moins poussée des droits nationaux. Sont ainsi réglementés par voie de directive, des questions touchant aux objets protégés par le droit de propriété intellectuelle, leur titularité, les prérogatives conférées, la durée de

8 Article 18 TFUE. Pour une application jurisprudentielle: CJCE, 30 juin 2005, *Tod's*, aff. C-28/04.

9 C'est le cas de la clause "telle quelle" prévue à l'art. 6 quinquies de la Convention de Paris.

10 On trouve une illustration de ce phénomène dans la Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 7.

protection et, dans une certaine mesure, les contrats d'exploitation. Commençons par les objets de propriété industrielle. Trois principaux objets sont réglementés par voie de directive dans le domaine de la propriété industrielle: les inventions biotechnologiques¹¹, les dessins et modèles¹² et les signes distinctifs protégés par une marque¹³. La démarche est quelque peu différente pour les objets de propriété littéraire et artistique. La définition des objets du droit d'auteur n'est pas donnée de manière générale et systématique par le droit dérivé de l'UE. C'est, en effet, par petites touches que la question a été abordée par différentes directives spécialisées intervenues sur tel ou tel aspect de la matière¹⁴. La question de la titularité des droits fait l'objet d'une attention également disparate dans les textes d'harmonisation. On trouve, pour commencer, une présomption simple de titularité des droits¹⁵. La solution n'est pas expressément reprise dans les textes relatifs à la propriété industrielle, excepté dans un règlement (mais elle est implicite, les directives en matière de propriété industrielle désignant habituellement "le titulaire" du droit de propriété industrielle comme étant le premier déposant ou son ayant cause)¹⁶. En droit de la propriété littéraire et artistique, la réalité est plus complexe. On trouve ainsi des textes qui s'attachent à énumérer les différentes catégories de titulaires de droits¹⁷. Ce travail d'énumération est complété par un effort très inégal de définition des différents titulaires

11 Directive 98/44/CE qui livre une définition positive et négative des inventions biotechnologiques brevetables.

12 Directive 98/71/CE qui réglemente la protection des dessins et modèles en énumérant et détaillant les différentes conditions de protection.

13 Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

14 Notamment, Directive 96/9/CE qui définit les bases de données de manière générale ou telle qu'elle est protégée par un droit d'auteur; Directive 2009/24/CE qui définit les programmes d'ordinateur protégés par le droit d'auteur.

15 Directive 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

16 Règlement 6/2002 sur le dessin et modèle communautaire.

17 La Directive 2001/29/CE énumère ainsi les bénéficiaires du droit de reproduction.

de droit¹⁸. S'agissant des droits exclusifs d'exploitation, le droit européen dérivé distingue, classiquement, les droits d'auteur et droits voisins¹⁹, des droits des marques²⁰, dessins et modèles²¹ et brevets²². Les textes de droit dérivé européen ne consacrent que peu de dispositions aux prérogatives extrapatrimoniales. S'agissant du droit moral de l'auteur, on trouve trois références explicites au droit moral, non dans le corps du texte de la directive mais seulement dans son exposé des motifs (qui n'a pas la même valeur contraignante)²³. Une directive fait cependant exception²⁴. En droit de la propriété industrielle où le droit extrapatrimonial se limite généralement à un droit non absolu pour le créateur de dessin ou modèle ou l'inventeur d'une invention de faire figurer son nom, la seule référence explicite se trouve dans un règlement²⁵. La durée de protection des droits de propriété intellectuelle fait l'objet d'un traitement différent selon le droit en question. En droit des brevets et en droit des marques, le droit de l'UE n'harmonise pas la durée nationale de protection. Pour les autres droits, on trouve des solutions en droit des dessins et modèles²⁶, en droit d'auteur et droits voisins²⁷. Les contrats d'exploitation des droits

18 Directive 2006/115/CE pour les uvres audiovisuelles; Directive 2009/24/CE pour les programmes d'ordinateur.

19 Directive 2001/29/CE en droit d'auteur et droits voisins.

20 Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques

21 Directive 98/71/CE sur les dessins et modèles.

22 Directive 98/44/CE sur les inventions biotechnologiques.

23 Directive 93/83/CEE en matière de radiodiffusion par satellite et câble; directive 96/9/CE en matière de base de données; Directive 2001/29/CE pour la protection du droit d'auteur dans la société de l'information.

24 Directive 2006/116/CE sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

25 Règlement 6/2002 sur les dessins et modèles communautaires.

26 Directive 98/71/CE sur les dessins et modèles.

27 Directive 2006/116/CE sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (modifiée en dernier lieu en 2011).

de propriété intellectuelle ne font pas l'objet d'un corps de réglementation complet et cohérent. C'est donc principalement le droit national qui trouve à s'appliquer. Il n'est pas rare, cependant, que les textes dérivés de l'UE s'intéressent à tel ou tel montage contractuel dans ce contexte particulier de rapprochement des législations nationales des Etats membres²⁸.

La Cour de justice s'est littéralement emparée de cet acquis communautaire, portant une appréciation de plus en plus autonome du droit dérivé de l'Union européenne. Cette évolution est loin d'être anodine. Pour remédier à la territorialité du droit de propriété intellectuelle, l'Europe a fait le choix de caresser le rêve de l'uniformité. Si cette uniformité n'est pas totale et si le droit européen demeure fondamentalement incomplet, nourrissant ainsi de nombreuses combinaisons possibles avec le droit national, international et européen²⁹, le fait est que l'on assiste, de plus en plus souvent à une approche systémique du droit européen de la propriété intellectuelle.

D'autres exemples existent encore d'une relativisation de plus en plus grande du principe de territorialité. Sans les développer, on peut en donner un aperçu énumératif:

- (i) l'affirmation par les grandes conventions internationales en la matière d'un principe universel d'assimilation qui interdit aux pays du monde de restreindre territorialement les conditions d'accès à la protection par les étrangers;
- (ii) la reconnaissance de droits de dimension réellement internationale, comme par exemple le droit de priorité en

28 Directive 93/83/CEE en matière de radiodiffusion par satellite et câble; Directive 98/44/CE sur les inventions biotechnologiques; Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques; Directive 2014/26/UE qui réglemente les licences (notamment multiterritoriales) de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

29 Voir notamment en ce sens, les nombreuses contributions proposées ci-après dans cet ouvrage sur, notamment, les applications nationales, nécessairement différentes, de textes de portée européenne ou internationale.

droit de la propriété industrielle³⁰, qui permettent un exercice véritablement transnational du droit des brevets ou des marques;

- (iii) la reconnaissance de titres européens de propriété industrielle sur laquelle on reviendra un peu plus loin;
- (iv) l'instauration, au niveau européen d'un mécanisme unifié d'épuisement des droits qui libère la circulation des objets de propriété intellectuelle à l'intérieur de l'espace du marché intérieur en interdisant aux Etats membres d'appliquer leur législation selon une logique strictement territoriale;
- (v) la définition de mécanismes européens de reconnaissance et exécution des jugements étrangers en matière de propriété intellectuelle qui permet, dans une certaine mesure, une circulation des décisions de justice rendue en la matière;
- (vi) la contractualisation internationale de la propriété intellectuelle³¹ qui permet de pallier dans une certaine mesure aux inconvénients de la territorialité.

Tous ces exemples, qui pourraient être longuement développés³², montrent que la territorialité absolue des droits de propriété intellectuelle, saisis territoire national par territoire national, est de moins en moins une réalité. Elle est en train de redevenir ce qu'elle n'a jamais, de notre point de vue, cessé d'être: un dogme.

Cette transformation de la matière s'opère assez largement par une circulation des modèles juridiques de la propriété intellectuelle.

30 Art. 4 de la Convention de Paris (CUP).

31 Voir sur ce thème, J.-M. Bruguière et P. Tréfigny (dir.). *Les contrats de la propriété intellectuelle*. Actes du colloque du CUERPI. Dalloz 2013.

32 Pour une présentation d'ensemble, voir, avec les renvois proposés, notre ouvrage: *La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle*, Larcier, 2015.

Le droit international et le droit régional uvrent ainsi, depuis des décennies, à la dénationalisation du régime des droits de propriété intellectuelle. Cette dénationalisation passe au premier niveau par l'internationalisation et la régionalisation de la matière, c'est-à-dire par la diffusion de nouveaux modèles juridiques de propriété intellectuelle, distincts de modèles historiques nationaux. Derrière ces phénomènes de dimension globale ou régionale, c'est donc bien une circulation de modèles juridiques qui est à l'uvre.

III. Les perspectives en termes de circulation des droits de propriété intellectuelle

Sans chercher à développer plus avant l'ensemble des politiques et techniques juridiques qui mettent à mal une approche strictement territoriale et cloisonnée, territoire par territoire, du droit de la propriété intellectuelle, il n'est pas inintéressant de se demander si, dans des situations précises, on n'assiste pas à un renouvellement profond du modèle sur lequel s'est construite historiquement la protection de la propriété intellectuelle.

Une fois de plus, c'est vers l'Europe qu'il faut se tourner pour mesurer les évolutions qui sont potentiellement à l'uvre aujourd'hui. A cet égard, j'esquisserai deux pistes: la première autour de la portabilité des contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle et la seconde à propos des demandes de protection de portée extraterritoriale.

Sur le premier point, on sait que la Commission européenne (UE) a présenté en décembre 2015 une proposition de règlement "visant à assurer la portabilité des services de contenus en ligne dans le marché intérieur"³³. Cette proposition vient d'être adoptée³⁴. Elle ré-

33 COM (2015) 627 final.

34 Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur.

pond à un objectif précis: permettre à un abonné de service de contenu en ligne (musique, vidéo notamment) de continuer à avoir accès audit contenu quand il se déplace temporairement dans un autre Etat membre que celui de sa résidence habituelle. A l'heure actuelle, le contenu en ligne n'est généralement pas accessible. L'abonné qui, le temps d'un court séjour dans un autre Etat membre, souhaite continuer à avoir accès à son abonnement, se voit interdit de le faire. La géolocalisation de sa connexion au réseau l'empêche d'y avoir accès depuis un autre Etat que celui dans lequel il a contracté à l'offre de service en ligne. Pour remédier à cette situation, la proposition de règlement énonce en son article 4 que "La fourniture d'un service de contenu en ligne, ainsi que l'accès à celui-ci et son utilisation par un abonné [...], sont réputés avoir lieu uniquement dans l'Etat membre de résidence". C'est ce que l'on appelle la portabilité des contenus. Le consommateur dispose du droit d'accéder au contenu où qu'il se trouve dans un Etat membre de l'UE. Il porte l'accès au contenu par un rattachement de ce dernier au territoire de sa résidence habituelle.

Il y a plusieurs manières de lire cette proposition législative européenne. De façon assez classique, on peut considérer que le texte définit un nouveau critère de rattachement au territoire national de la résidence habituelle de l'abonné au contenu en ligne, là où traditionnellement c'est un rattachement au territoire du lieu d'accès au contenu en ligne qui est privilégié. La solution, qui n'est pas sans rappeler celle définie en matière de retransmission de contenu par satellite et par câble³⁵, a clairement pour objectif de soumettre l'accès à un contenu en ligne au seul régime juridique de la loi du pays de résidence habituelle de l'abonné, de manière à éviter que le changement du pays de connexion au service de contenu en ligne ne soit source d'obstacle réglementaire audit accès. Mais il y a plus. En proposant ce rattachement, la proposition construit sa solution autour d'un nouveau territoire, c'est-à-dire qu'il revisite la territorialité nationale du

35 Directive 93/83/CEE, 27 sept. 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble.

droit d'auteur et des droits voisins, pour imposer une territorialité européenne à l'intérieure de laquelle lesdits droits circulent sans entrave. Pour comprendre la révolution qui est ainsi à l'œuvre dans la proposition de règlement européen, il faut se représenter la situation telle qu'elle existe aujourd'hui et celle que s'efforce de dessiner le nouveau rattachement au territoire de la résidence habituelle de l'abonné au contenu en ligne. Dans la situation actuelle, le contenu en ligne est soumis, chaque fois qu'il est protégé par un droit de propriété intellectuelle (par exemple, un droit d'auteur ou un droit voisin), à un principe de territorialité absolue. Ce principe commande l'application pour chaque territoire de la loi nationale: l'accès à un contenu en ligne dans un pays A relève de la loi A et l'accès à un contenu en ligne dans un pays B relève de la loi B. Cette solution, solidement ancrée dans les textes de droit international privé européen³⁶ et que la Cour de justice de l'UE a réaffirmé avec force³⁷, justifie, en droit positif actuel, que le contenu accessible en ligne au pays A de connexion puisse ne pas l'être pour le pays B de connexion. Sauf à souscrire plusieurs abonnements, soumis chacun à une loi différente, le consommateur n'a accès au contenu en ligne qu'au départ du pays de sa résidence habituelle. Cette situation est radicalement modifiée par la proposition de règlement européen. Certes la proposition continue de rattacher l'opération, ici l'accès au contenu en ligne, à un territoire institutionnel classique: celui d'un Etat. Mais ce rattachement au lieu de la résidence habituelle de l'abonné est un véritable bouleversement. L'abandon d'un critère de stricte territorialité et son remplacement par un critère fondé sur la localisation stable de la personne de l'abonné confèrent à ce dernier le statut de siège d'un nouveau territoire d'accès à un contenu en ligne. Par une fiction juridique, le droit redessine un nouvel espace d'accès en abandonnant le lieu réel de connexion au réseau et en lui préférant un lieu théorique défini par référence à la résidence habituelle de l'abonné. L'espace numérique n'est plus fragmenté comme c'est le cas aujourd'hui entre les multi-

36 Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), article 8.

37 Voir notamment: CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, Pinckney, préc.

ples territoires d'accès au réseau. L'espace numérique est représenté dans sa dimension européenne par un rattachement à un seul et unique territoire. Certes, la solution n'a pas une portée universelle. Elle ne vaut que pour le territoire européen, faute de projet de réglementation internationale équivalent. Mais elle traduit bien cette idée qu'il existe un territoire européen unique soumis, pour une opération déterminée – ici l'accès à un contenu en ligne auquel un consommateur s'est abonné dans l'espace européen – à un seul régime juridique.

Ce changement de critère perturbe fortement le modèle actuel de gestion individuelle et collective des droits d'auteur et droits voisins dans l'espace européen. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le même jour, la commission a ouvert une réflexion sur un nouveau cadre européen du droit d'auteur³⁸. Ce changement de paradigme, du territoire d'accès au contenu au territoire de résidence habituelle de l'utilisateur, pourrait conduire à une abstraction plus grande encore: le rattachement de l'utilisateur directement au droit de la plateforme numérique et non plus seulement au droit d'un territoire physique, que ce soit celui de la résidence habituelle du consommateur, ou celui de l'accès aux données. Cette hypothèse n'est pas une fiction³⁹. Chaque fois qu'une plateforme définit, par voie contractuelle, un régime juridique de mise à disposition de grande ampleur, de contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle, elle crée les conditions de l'émergence d'un droit contractuel global qui concurrence, qu'on le veuille ou non, les autres dispositifs de masse qui ne passent pas nécessairement par la conclusion d'un contrat préalable, comme c'est le cas, par exemple, des régimes de licences non volontaires soumis à un système légal de rémunération obligatoire gérée de manière collective. Ce droit d'essence contractuelle n'est pas bien sûr

38 COM (2015) 626 final.

39 On reconnaîtra dans l'hypothèse ici envisagée, le cas, par exemple, des accords conclus par Googlebooks avec de très nombreux éditeurs de par le monde. Pour des développements jurisprudentiels outre-Atlantique et en France, voir respectivement les chroniques de P. Kamina, *Comm. com. électr.* 2016, n° 2, *Un an de droit anglo-américain du copyright*, *chron.* 3, n° 4 et F.-M. Piriou, *Comm. Com. Electr.* n° 5, Mai 2010, étude 11.

affranchi de tout droit étatique ou interétatique. Mais il se nourrit à une autre source que la référence jusqu'alors omniprésente dans cette matière d'une stricte territorialité du droit national applicable. Cette source renvoie au territoire numérique, décollé des territoires institutionnels classiques et avec lesquels il interagit dans un même espace que l'on peut appeler "la sphère des données"⁴⁰. Dans la configuration européenne, cette espace est unique et l'on voit bien que les droits de propriété intellectuelle ont vocation à y circuler librement, sans être entravés comme ils le sont aujourd'hui par un principe de territorialité.

Un second exemple a pour toile de fond les demandes de protection des droits de propriété intellectuelle qui ont une portée extraterritoriale. Il a été montré⁴¹ que, même à l'échelle de l'espace européen, deux grands obstacles s'opposaient à une circulation sans entrave des injonctions prises par le juge d'un pays A à propos de la violation d'un droit dans un pays B: la compétence souvent limitée du juge appelé à statuer et la territorialité des droits de propriété intellectuelle qui rend difficile la satisfaction des demandes de protection multiterritoriale qui sont soumises potentiellement à plusieurs droits.

Avec le développement des titres européens de propriété industrielle (marques de l'UE, dessins et modèles de l'UE, etc.), le second obstacle saute de sorte que seul le premier, contournable en cas de saisine du juge du défendeur ou du juge de fait générateur de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle (pas toujours facile à définir dans notre matière), demeure.

Deux perspectives nouvelles doivent néanmoins être considérées qui changent la donne en termes de circulation des droits de propriété intellectuelle. La première porte sur la circulation du droit national applicable à un brevet européen à effet unitaire (non encore

40 Sur cette approche, voir notre article co-écrit avec S. Grumbach: *La sphère des données: nouvel espace, nouveaux rapports aux territoires*. JDI, 2016, 1153.

41 E. Treppoz. L'extraterritorialité des injonctions portant sur un site Internet. *Mélanges B. Auditt*, éd. Lextenso, 2014, 657.

entré en vigueur). On sait en effet que pour ce titre européen d'un genre bien particulier, le régime juridique applicable dépend, notamment, de la loi nationale du déposant. Ce titre européen a vocation à circuler dans l'espace des Etats européens participant à ce dispositif. Cette circulation implique notamment l'application, dans les différents Etats membres, de ce droit national qui circule ainsi de territoire national en territoire national, au gré, par exemple, des injonctions prononcées par la future juridiction unifiée du brevet.

La seconde perspective porte sur la possibilité qu'il y aurait de créer un dispositif de type "injonction européenne de contrefaçon" sur le modèle, fortement adapté, de "la procédure européenne d'injonction de payer"⁴². Pour des applications bien déterminées, comme celles envisagés ci-dessus (portabilité des contenus et titres européens de propriété industrielle), on pourrait envisager, en effet, d'instaurer par voie législative européenne une procédure simplifiée, impliquant une concentration des recours dans le pays membre du juge qui délivre l'injonction et une circulation européenne des mesures de respect d'un droit de propriété intellectuelle. Une telle initiative ne peut aboutir que si des chefs de compétence élargis sont définis qui permettent au juge saisi de statuer pour l'ensemble des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle dans le paysage juridique européen. Le dernier verrou, empêchant une réelle circulation des droits de propriété intellectuelle dans l'espace européen, serait ainsi levé. Mais rappelons que cette perspective n'est envisageable qu'en cas de réelle unicité du droit applicable, ce qui ne peut correspondre qu'à des hypothèses clairement identifiées.

En guise de conclusion

Sans risque de se tromper, on peut conclure que la circulation des droits de propriété intellectuelle en dehors de leurs frontières

42 Règlement (CE) n° 1896/2006 (modifié) du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

passa efectivamente por uma circulação dos modelos jurídicos. Esta circulação é largamente favorecida à escala internacional e, sobretudo, regional europeia. Ela não é, no entanto, possível sem um ultrapassamento do modelo estritamente nacional. Este ultrapassamento pode assumir duas formas: o enunciado de direitos substancialmente internacionais ou europeus que circulam de territórios nacionais em territórios nacionais ou a abrangência realmente extraterritorial de direitos nacionais.

A PRORROGAÇÃO DO *STAY PERIOD*: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL¹

THE EXTENSION OF THE *STAY PERIOD*: ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS

*Guilherme Bonato Campos Caramês
Marcia Carla Pereira Ribeiro*

Resumo: Com suporte da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, o artigo tem por objeto de análise as decisões judiciais que têm prorrogado o chamado *stay period* nos processos de Recuperação Judicial regidos pela Lei nº 11.101/05. Tendo em vista previsão legal expressa na Lei nº 11.101/05 advertindo que em nenhuma hipótese tal prazo será prorrogável, torna-se relevante a análise das razões justificadoras apresentadas nestas decisões a fim de afastar esta disposição. Com base em critérios de qualificação relativos à representatividade orgânica dos tribunais a partir das decisões judiciais, foi realizada uma análise empírica sobre os acórdãos prolatados nesta direção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a fim de verificar quais são as razões justificadoras para o afastamento de comando normativo expresso. A partir do levantamento realizado e da análise das decisões com base nos critérios trazidos por Neil MacCormick em sua teoria da argumentação, verificou-se que o jurisdicionado está sujeito a grande insegurança jurídica quanto ao tema, seja pela ampla extensão de possibili-

¹ Artigo recebido em 19.04.2018 e aceito em 01.11.2018.

dade para prorrogação do *stay period*, seja pela superficialidade da análise realizada por alguns julgados no intuito de verificar se as peculiaridades do caso concreto seriam suficientes para o afastamento da regra prevista no §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05.

Palavras-chave: Lei nº 11.101/05. *Stay Period*. Jurisprudência.

Abstract: Based on Neil MacCormick's theory of legal argument, the article analyzes the judicial decisions that have extended the so-called stay period in the Court-ordered Restructuring governed by federal Law 11.101/05. In view of the legal provision expressed in federal Law 11.101/05 warning that in no case this period will be extendable, it becomes relevant to analyze the justificatory reasons presented in these decisions in order to remove this provision. Based on qualification criteria related to the organic representation of the courts since judicial decisions, an empirical analysis was carried out on the judgments rendered in this direction by the Superior Court of Justice and the Court of Justice of Paraná, in order to verify the justification reasons for the removal of express normative command. From the survey carried out and the analysis of these decisions in view of the criteria brought by Neil MacCormick in his theory of argumentation, it was verified a great legal uncertainty regarding the subject, either because of the wide extension of the possibility to extend the stay period, or because of the superficiality of the analysis carried out by some judges in order to verify if the peculiarities of the legal case would be sufficient to put away the rule set forth in § 4, art. 6, of federal Law nº 11.101/05.

Keywords: Law 11.101/05. Stay Period. Judicial Decisions.

Sumário: Introdução. 1. A ideia de justificação. 2. A prorrogação do *stay period* pelos tribunais. 3. Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça. 4. Análise das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná. Conclusão.

Introdução

Tendo por base a teoria argumentativa estruturada por Neil MacCormick na obra “Retórica e o Estado de Direito”, na qual o autor define quais critérios devem ser atendidos para que um provimento jurisdicional seja devidamente justificado, o presente trabalho pretende avaliar as decisões judiciais que têm prorrogado o chamado *stay period*, previsto no §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05.

Neste sentido, preliminarmente será necessário delinear as principais definições e esclarecer as relações epistemológicas utilizadas por MacCormick em sua construção teórica, de forma a aclarar os critérios mais importantes na análise das decisões judiciais.

Ato contínuo será realizado um levantamento das decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) que excepcionaram a aplicação do §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, que expressamente proíbe a prorrogação do *stay period* nos processos de recuperação judicial.

A partir da realização de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do STJ contendo os termos “180 dias; recuperação judicial; prorrogação”, característicos da aplicação do §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, foi possível constatar que todos os julgados disponibilizados pelo sistema de busca faziam referência ao acórdão proferido no AgRg no CC 111.614/DF, evidenciando seu caráter paradigmático. Desta forma, diante de sua capacidade para influenciar julgamentos futuros, a decisão proferida no AgRg no CC 111.614/DF foi selecionada para discussão. No mesmo contexto, a fim de que a análise proposta esteja vinculada ao entendimento atual do STJ, será também objeto de análise o acórdão cronologicamente mais recente fornecido pela pesquisa jurisprudencial em questão.

Já em relação aos julgados do TJPR, a escolha obedeceu a uma seleção prévia de acórdãos proferidos pelas duas Câmaras especializadas em matéria falimentar (17ª e 18ª Câmaras) e que haviam sido

julgados de forma unânime pelo colegiado, justamente para reduzir a amplitude da amostragem oferecida pelo sistema de pesquisa jurisprudencial (do próprio Tribunal) contendo os termos “180 dias; recuperação judicial; prorrogação”. Em seguida a esta etapa, foram selecionados acórdãos relatados por distintos desembargadores e que estavam compreendidos em um intervalo de tempo não superior a dois anos, de forma a favorecer a representatividade desta seleção no que diz respeito ao entendimento do Tribunal, como órgão uno.

O intuito do recorte em relação às decisões judiciais e da sua respectiva análise é avaliar quais são os motivos que têm sido usualmente levantados para justificar o afastamento da interpretação literal, bem como se tais razões são adequadas para tanto, a partir dos próprios critérios argumentativos enfatizados por MacCormick.

Assim, ao final, será possível não apenas traçar o atual cenário jurisprudencial acerca do tema, mas também elaborar eventuais diretrizes que permitam a melhora qualitativa das decisões judiciais sobre a matéria.

1. A ideia de justificação

Na obra “Retórica e Estado de Direito”, Neil MacCormick busca oferecer critérios de argumentação jurídica compatíveis com a previsibilidade e certeza necessárias em um Estado de Direito. A partir daí, pretende o autor tornar possível o exame acerca da justificação das decisões judiciais, as quais seriam mais escorreitas à medida que se aproximassem de determinados parâmetros argumentativos.

Neste contexto, apesar de MacCormick não ser adepto à radicalidade de diagnósticos definitivos, afastando-se tanto de leituras exegéticas como daquelas de cunho particularista, há sempre uma forte preocupação com a perspectiva de universalização da justificação judicial. Afinal, sob esta ótica, é possível que peculiaridades do caso concreto sejam tomadas em conta pelo julgador sem que haja

uma seleção de fatores pessoais para o julgamento, justamente porque a universalidade impõe a aplicação da mesma razão de decidir em casos análogos.

Contudo, para a construção de uma justificação universal da decisão judicial, se faz necessário percorrer uma série de critérios que deverão ser observados durante o trabalho argumentativo. Neste sentido, MacCormick enfatiza a importância do silogismo para a estruturação da moldura dentro da qual os outros argumentos jurídicos devem ser desenvolvidos, a fim de permitir a implementação de uma lei ao caso concreto².

Já quanto a esse exercício de subsunção, o pressuposto básico a ser levado em consideração, segundo MacCormick, é a literalidade do texto normativo ou, no caso de norma oriunda de decisão judicial, da *ratio decidendi* ali circunscrita.

Desta forma, apesar de ciente da plena possibilidade de derrotabilidade de uma interpretação literal por diversos fatores, ou da própria pluralidade de interpretações deste gênero quando da existência de conceitos de maior vagueza, MacCormick infere ser inarredável a necessária apresentação das razões do seu afastamento ou então do porque do acolhimento de um dos significados possíveis, justamente para que seja possível avaliar a justificação da decisão de acordo com os demais critérios argumentativos:

Cada caso, tal como inicialmente apresentado, ou é silogístico em sua forma ou em sua estrutura profunda, ou ataca algum elemento do silogismo apresentado pela parte contrária. [...] E quando os casos calham de ser claros no sentido pragmático defendido aqui, uma justificação adequada da decisão que os resolve, ainda que apresentada informalmente, é dedutiva em sua natureza³.

2 MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 57.

3 *Ibid.*, p. 70-72.

Assim sendo, MacCormick assevera ter consciência de que não obstante o raciocínio silogístico construído a partir da literalidade da norma seja suficiente para alguns casos (os ditos casos “claros”⁴), ele é, em regra, tão somente um primeiro passo a ser considerado na construção de uma argumentação apta a preencher lacunas ou conflitos no ordenamento, momento a partir do qual determinados valores tutelados pelo Direito passam a ser incorporados na justificação da decisão judicial:

Cada afirmação sobre o Direito, tanto em justificações judiciais como em comentários de doutrina, repousa em um argumento interpretativo ao menos implícito, mas frequentemente explícito e articulado. Esses argumentos pressupõem e acostumam articular sistemas de valores e julgamentos de valor. Os valores estabelecidos em bons argumentos jurídicos não são meramente idiossincráticos em relação ao juiz, advogado ou doutrinador: eles derivam do sistema jurídico e da reflexão acerca de seus princípios inerentes. A prática da argumentação interpretativa com referência a valores considerados implícitos no sistema interpretado é, em si mesma, uma prática fortemente convencional, que contém, como referido anteriormente, processos de determinação da verdade. Ainda assim, mesmo com todas essas advertências, a argumentação nesse nível não pode ser propriamente concebida em termos simplesmente bivalentes de falso ou verdadeiro. Entramos aqui nos domínios do melhor ou pior, daquilo que está aberto ao desacordo, do preferível, do mais ou menos persuasivo. O caráter profundamente controverso da argumentação interpretativa nos con-

4 “Textos jurídicos de qualquer tipo possuem uma textura aberta e maior ou menor vagueza, mas isso não consiste em incerteza para qualquer uso. Considerações de justiça ou outras semelhantes podem às vezes sugerir novas interpretações ou desenvolvimentos para velhos princípios, fazendo-os caminhar em uma nova direção. Mas talvez às vezes nem a justiça nem qualquer outro valor possa prevalecer contra o sentido mais óbvio da lei ou dos precedentes e, portanto, não exista qualquer razão para problematizar o Direito. [...] Aqui é suficiente dizer que os casos “claros” são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas. [...] A falta de utilidade para as partes na problematização do caso apenas demonstra que a clareza do caso continua sendo tratada como um conceito pragmático” (Ibid., p. 69).

fronta aqui. O fato de alguém poder sempre citar fundamentos para a preferência de uma boa interpretação sobre outra não significa que esses fundamentos sejam normalmente (ainda que possam às vezes ser) conclusivos. Esse tipo de argumentação exercita e demanda virtudes como sabedoria, humanidade e bom senso. Trata-se de argumentação prática, não de argumentação dedutiva⁵.

Nesta direção, havendo a necessidade de valoração de determinadas argumentações jurídicas sustentadas em pressupostos que fogem do raciocínio meramente dedutivo, MacCormick reforça que tal análise seja feita tomando-se em conta as consequências da decisão judicial, que devem ser avaliadas segundo os valores que devem ser tutelados naquele contexto.

Se as peculiaridades de determinado caso concreto implicarem, a partir de uma interpretação literal da norma, consequências desastrosas segundo o próprio conjunto de valores tutelados pelo ordenamento, deverá o julgador necessariamente verificar a derrotabilidade da hipótese normativa nestas circunstâncias. Ao assim decidir, o julgador estará atento às particularidades do caso em tela, mas sem se afastar da necessária universalidade das razões justificadoras, uma vez que construídas justamente sobre as características que determinaram, ou não, a derrotabilidade da norma. Em outras palavras, caso venha a surgir outro caso em que as mesmas particularidades sejam encontradas, o magistrado, como representante institucional do Estado, deverá aplicar a mesma solução.

Aliás, é a partir desta diretriz que MacCormick defende a relevância do respeito aos precedentes como forma de garantia do Estado de Direito. Afinal, em situações em que a análise das consequências implica o exercício último de preponderância de valores⁶, onde os recursos retóricos são fundamentais para a prevalência de uma ou

5 Ibid., p. 102.

6 Ibid., p. 197.

outra interpretação conflitante, há o risco de “desacordos irremediáveis” em relação a entendimentos que sejam ambos razoáveis. Assim, é fundamental que se atribua a “alguma maioria autorizada”, como o Congresso ou os tribunais superiores, no caso dos precedentes, a prerrogativa de decidir qual dos posicionamentos deve prevalecer, mesmo que isso, de algum modo, seja arbitrário:

É desnecessário dizer que esses julgamentos são difíceis e controvertidos, e parece frequentemente ocorrer que as pessoas se achem em desacordo irremediável sobre qual lado coincide com a visão que pode ser tida como razoável. Nessa situação, em que opiniões razoáveis chegam a conclusões diferentes, é também razoável possuir um procedimento decisório para resolver a questão, como a votação por alguma maioria autorizada (legisladores, cidadãos em um referendo, juízes em um colegiado ou em plenário), de modo a resolver de forma arbitrária, mas razoável, o problema. Essa é a lógica inevitável de lidar com valores que são imperfeitamente comensuráveis, mesmo situacionalmente⁷.

Portanto, no processo de escolha de uma das proposições jurídicas rivais apresentadas no caso concreto, é imprescindível que o julgador fundamente sua decisão de forma a permitir a extensão deste entendimento para futuros casos em que o contexto fático seja equivalente. Assim, quando os tribunais forem submetidos a novos litígios envolvendo a mesma matéria, poderão as partes ou indicar novas peculiaridades não observadas no julgamento anterior, o que implicaria em novas consequências e, por conseguinte, em novas análises de ponderação de valores jurídicos relevantes, ou então simplesmente gozar de segurança jurídica por saberem qual será a decisão tomada em igual contexto fático.

Deste modo, apesar de não se pretender exaurir no presente texto a complexidade e abrangência da teoria da argumentação traba-

7 Ibid., p. 156.

lhada por MacCormick, é possível extrair dos elementos acima delineados os critérios básicos que qualificam a justificação de uma decisão judicial.

Estabelecidas estas premissas conceituais, passa-se a demonstrar, nos tópicos seguintes, os julgados que se pretende analisar segundo tais critérios, a fim de averiguar a qualidade deste conjunto de decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, doravante nominados por suas siglas STJ e TJPR, respectivamente.

2. A prorrogação do *stay period* pelos tribunais

Com a promulgação da Lei nº 11.101/05, foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da recuperação judicial de empresas e, com ele, diversas outras figuras jurídicas hábeis a operacionalizá-lo. Neste ínterim, surgiu o *stay period*, ou então, período de graça.

O *stay period* consiste em um prazo de suspensão de todas as execuções contra a empresa recuperanda, a fim de permitir tranquilidade para a elaboração e negociação do plano recuperacional. Neste sentido, definiu a legislação brasileira, mais especificamente no §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, que tal prazo se inicia após o processamento da recuperação judicial, não podendo ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias desde então. Frisa-se, ainda, que para garantir o fôlego e efetiva possibilidade de recuperação da empresa, a legislação estendeu a impossibilidade de execução até mesmo de créditos não submetidos à recuperação, mas cujos bens em garantia sejam considerados essenciais.

Todavia, após o transcurso deste prazo, se a empresa não foi eficaz em fazer aprovar um plano recuperacional que preveja, inclusive, uma forma de pagamento dos créditos submetidos e não submetidos à recuperação, verifica-se, em verdade, um forte indício de que

a empresa não é recuperável. Desta forma, se a empresa for inviável, deve ser decretada a falência o quanto antes, a fim de que os ativos não se deprecie com o decorrer do tempo. Esta seria, inclusive, a razão de ser da expressa disposição legal de que tal período “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

Contudo, os tribunais pátrios passaram a relativizar a rigidez deste período, prorrogando o *stay period*.

O STJ, no AgRg no CC 111.614/DF, asseverou a validade da prorrogação deste prazo para fins de obstar execução contra a empresa recuperanda. Na fundamentação do voto relator, de lavra da Ministra Nancy Andrighi, são levantados dois argumentos para fundamentar a possibilidade de prorrogação: a aprovação do plano, por envolver um processo complexo e burocrático, poderá ultrapassar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias mesmo com total diligência da empresa; e a lentidão do próprio Judiciário não pode prejudicar a empresa, reduzindo-lhe o prazo efetivo do *stay period*.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO DO TRABALHO E JUÍZO DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS. PRAZO DE 180 DIAS PARA A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES AJUIZADAS EM FACE DA EMPRESA EM DIFICULDADES. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADJUDICAÇÃO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, POSTERIOR AO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1 – O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou [...]. Verifica-se, assim, que o pro-

cesso de recuperação é relativamente complexo e burocrático. Mesmo que a empresa em recuperação cumpra rigorosamente o cronograma demarcado pela legislação, é razoável supor que a aprovação do plano de recuperação ocorrerá somente após o prazo de 180 dias previsto pelo art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05. Resta evidente, deste modo, que por vezes a aprovação do plano de recuperação judicial não ocorre por motivos administrativos, inerentes à própria estrutura do Judiciário ou mesmo à dimensão da sociedade em recuperação. Não é aceitável, portanto, penalizar a empresa em dificuldades, que não contribuiu para a extensão indevida do prazo de suspensão das ações e execuções contra ela ajuizadas⁸.

Da mesma forma, no AgInt do AResp 443.665/RS, sob relatoria do Ministro Marco Buzzi, foi consignado que a prorrogação do *stay period* seria possível consoante as peculiaridades do caso concreto e as diligências adotadas pela sociedade:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. 1. A jurisprudência da Segunda Seção desta Corte é iterativa no sentido de admitir a prorrogação do prazo de que trata o artigo 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial), o qual determina a suspensão do curso da prescrição, bem como de todas as ações e execuções em face do devedor pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, consoante as peculiaridades do caso concreto e as diligências adotadas pela sociedade, a fim de cumprir o plano de recuperação por ela apresentado. Precedentes. [...] 3. Agravo interno desprovido⁹.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 111.614/DF. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 12 jun. 2013. Data de Publicação: 19 jun. 2013.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 443.665/RS. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 15 set. 2016. Data de Publicação: 23 set. 2016.

Portanto, pelo que se depreende da análise jurisprudencial do STJ¹⁰, é firme o entendimento pela possibilidade de prorrogação do *stay period* quando o escoamento do prazo sem a aprovação do plano se dá por fatores alheios à própria recuperanda, como a inércia do Judiciário ou outras características próprias do caso concreto.

Todavia, considerando que em ambos os julgados do STJ se questionava tão somente a possibilidade de prorrogação abstrata do *stay period*¹¹, seja em razão da impossibilidade de revolvimento de matéria fática¹², seja diante da própria dificuldade cronológica imposta pelo sistema recursal para que decisões concessivas sejam revistas por esta Corte Superior, é imperioso analisar se os tribunais estaduais têm aplicado estes critérios e, em caso positivo, verificar como estão sendo aplicados. Todavia, ante a abrangência deste possível recorte, a análise fica restrita aos julgados proferidos na esfera do TJPR.

No Agravo de Instrumento nº 1.455.717-4, relatado pelo Desembargador Rui Bacellar Filho, foi decidido por unanimidade pela manutenção da decisão agravada que prorrogou o *stay period* por mais 180 (cento e oitenta) dias. O acórdão assinalou ainda que, ante a inexistência de desídia por parte da recuperanda e pela iminente realização da Assembleia Geral de Credores, a decisão agravada estaria em consonância com o princípio da preservação e função social da empresa:

10 A partir de pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça contendo os termos “180 dias; recuperação judicial; prorrogação”, verifica-se que todos os julgados levantados pelo sistema de busca (AgInt do AResp 443.665/RS; AgRg no REsp 127.881-9; AgRg no CC 119.337) fazem referência ao acórdão proferido no AgRg no CC 111.614/DF, demonstrando uma posição unificada por parte da Corte Superior em relação ao tema.

11 Dentre os julgados levantados pela pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, interessante notar que no AgRg no CC 119.337/MG houve a aplicação da hipótese abstrata construída no AgRg no CC 111.614/DF ao caso concreto, tendo sido asseverado que o processo de Recuperação Judicial ficou suspenso ante a dúvida de competência, ou seja, em razão de questões atinentes ao próprio Judiciário, alheias à vontade da recuperanda.

12 Súmula 07 STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE PRORROGOU O PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES MOVIDAS EM FACE DA RECUPERANDA. ALEGAÇÃO DE QUE O PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES É IMPRORRÓGAVEL – IMPROCEDÊNCIA – POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO ANTE OS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Ressalva-se, não se nega a vigência ao art. 6º, §4º, da LF, que dita ser improrrogável o prazo, todavia, de acordo com posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, há flexibilidade, na medida em que a extrapolação do prazo de 180 dias não causa o automático prosseguimento das ações e das execuções contra a empresa recuperanda, senão quando comprovado que sua desídia causou o retardamento da homologação do plano de recuperação [...]. E, como salientou a decisão impugnada, “considerando a iminência da realização da Assembleia Geral de Credores e no intuito de preservar a continuidade da empresa”, é possível a prorrogação do prazo com vistas a promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. [...] a jurisprudência tem entendido que é possível flexibilizar essa regra para possibilitar a prorrogação da suspensão, se atender aos princípios da razoabilidade e da preservação da empresa¹³.

Em um contexto semelhante, contudo, foi distinta a decisão colegiada proferida no Agravo de Instrumento nº 1.296.026-0. No acórdão, relatado pelo Desembargador Tito Campos de Paula, a prorrogação do *stay period* foi obstada justamente porque o adiamento da Assembleia Geral de Credores colocava em dúvida qualquer estimativa concreta em relação ao prazo para aprovação ou reprovação do plano. Afinal, apesar da ciência de que uma nova assembleia seria realizada em breve, não se poderia supor se novamente esta seria novamente adiada, e nem quantas vezes isso poderia ocorrer. Frisa-

13 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1.455.717-4 – São José dos Pinhais. 17ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Bacellar Filho. Data de Julgamento: 4 mai. 2016.

se, inclusive, ser fato corriqueiro em processos de recuperação judicial que a assembleia seja adiada por deliberação dos próprios credores, a fim de permitir ajustes no plano de recuperação judicial¹⁴.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – DECISÃO QUE SUSPENDEU A LIMINAR E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DO BEM À EMPRESA RÉ EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CRÉDITO DO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO QUE NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ART. 49, §3º, LEI 11.101/2005) – AUSÊNCIA DE PROVA CONCRETA ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO BEM OBJETO DO CONTRATO PARA O DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DA RECUPERANDA – PRORROGAÇÃO DA SUSPENSÃO DAS AÇÕES EM FACE DA EMPRESA COM BASE NO DESEFECHO PRÓXIMO DA RECUPERAÇÃO – ASSEMBLEIA-GERAL PARA APROVAÇÃO DO PLANO QUE, TODAVIA, FOI ADIADA – AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA CONCRETA ACERCA DA APROVAÇÃO OU REJEIÇÃO DO PLANO – LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO QUE DEVE SER MANTIDA – DECISÃO AGRAVADA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. [...] Ademais, observa-se em consulta aos autos de recuperação judicial nº 36305-45.2013.8.16.0021, através do sistema Projudi, que, realizada a Assembleia-Geral de credores para a aprovação do plano de recuperação judicial, foi adotada deliberação no sentido de suspensão do ato para reavaliação do plano (mov. 315.2) [...] Contudo, uma vez suspenso o ato, observa-se que não há previsão acerca da deliberação para a aprovação do plano.¹⁵

Já no Agravo de Instrumento de nº 1.390.531-4, relatado pelo Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, foi concedida a prorrogação do *stay period* ante a demonstração de que a lentidão na tramitação da recuperação se deu em razão da intervenção dos

14 A título de exemplo, é o que ocorreu nas seguintes recuperações judiciais, em trâmite em varas do Paraná: nº 0010738-87.2014.8.16.0017 e nº 0001551-02.2015.8.16.0185.

15 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1296026-0 – Cascavel. 17ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Tito Campos de Paula. Data de Julgamento: 28 jan. 2015.

credores e, sobretudo, da demora do aparato judiciário para promover os atos de intimação das partes e para apreciar os pedidos incidentais.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE SUSPENSÃO PREVISTO NO ART. 6º DA LEI Nº 11.101/05. POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE A DEMORA NO PROCESSAMENTO DO FEITO NÃO POSSA SER IMPUTADA À EMPRESA RECUPERANDA. ENUNCIADO Nº 42 DA 1ª JORNADA DE DIREITO COMERCIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. O prazo de suspensão previsto no art. 6º da Lei nº 11.101/05 pode ser excepcionalmente prorrogado nas hipóteses em que a demora no processamento do pedido de recuperação judicial não possa ser atribuída à empresa recuperanda. [...] dessa data até a prolação da decisão agravada, apenas em 07/05/2015, a tramitação regular do feito restou prejudicada em razão da habilitação intempestiva de créditos e demora da Secretaria para o cumprimento das diligências que lhe cabiam, sobrevindo a decisão ora hostilizada em que o Juiz, enfim, apreciou e indeferiu o pedido de prorrogação do prazo por mais 180 dias. [...] Como se vê, a agravada praticou todos os atos que lhe competiam dentro dos prazos legais, sendo que a demora na tramitação do feito deveu-se às intervenções de credores nos autos, bem como da demora do aparato judiciário para promover os atos de intimação das partes e apreciar os requerimentos atravessados nos autos¹⁶.

Ainda, em razão da 17ª e 18ª Câmaras Cíveis dividirem a competência sobre recursos que abrangem matéria falimentar¹⁷ no TJPR, se faz necessário ampliar o horizonte de decisões para além da primeira, de forma que também julgados da 18ª Câmara sejam tomados em conta.

16 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1390531-4 – Campo Largo. 17ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. Data de Julgamento: 16 set. 2015.

17 PARANÁ. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Artigo 90, inciso VII, alínea “b”.

Neste sentido, é importante destacar a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1.183.826-3. O voto condutor, de lavra do Desembargador Luis Espíndola, negou provimento ao recurso que pretendia reformar a decisão que prorrogou o *stay period* até a data de homologação do plano de recuperação ou de posterior decisão.

Em suas razões, o acórdão registrou que, à época da decisão, a recuperanda teria sido obstaculizada a utilizar seu parque industrial por problemas ocorridos com terceiros. Portanto, ante o obstáculo imposto ao desenvolvimento da atividade empresarial e, por conseguinte, ao cumprimento das expectativas do plano de recuperação, o *stay period* deveria ser estendido na tentativa de resguardar as condições básicas para sua aprovação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DO PRAZO DE SUSPENSÃO DO CURSO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES CONTRA A RECUPERANDA ATÉ QUE SEJA EFETIVADA A HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU ULTERIOR DECISÃO. VIABILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICARAM A PRORROGAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 6º, §4º, DA LEI Nº 11.101/05. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS HÁBEIS A EVIDENCIAR QUE A CONDUTA DA AGRAVADA TENHA CONTRIBUÍDO PARA A MOROSIDADE DO PROCEDIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. No presente caso, inexistem quaisquer elementos concretos hábeis a evidenciar que a conduta da agravada em regime de recuperação judicial tenha contribuído para a morosidade do procedimento; pelo contrário, como bem observou o Juízo singular, as peculiaridades do caso em tela evidenciaram a viabilidade da ampliação do prazo de suspensão das ações e execuções em curso [...] “[...] o fato de a recuperanda estar impossibilitada de utilizar-se de seu parque industrial durante o período posterior ao deferimento do processamento da recuperação judicial, é uma situação *sui generis*, e por certo foi um empecilho para que o plano de recuperação

judicial pudesse ao menos ser inicialmente implementado, inviabilizando possíveis negociações com seus credores, bem como dificultou a busca de novas parcerias para a retomada das atividades industriais e comerciais” (fls. 900). Se não bastasse, o prosseguimento das ações e execuções colocaria em risco a implementação do plano de recuperação judicial e a conseqüente retomada das atividades produtivas, que objetiva justamente viabilizar o pagamento dos haveres¹⁸.

Por fim, como último julgado relevante para demonstração das principais razões justificadoras utilizadas pela Corte paranaense na análise da prorrogação do *stay period*, vale destacar o acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 1.423.327-3, de relatoria do Desembargador Pericles Bellusci Pereira. O recorrente pleiteava a dilação do *stay period* até apreciação do plano em assembleia geral ou homologação do quadro geral de credores. Contudo, após destacar que o *stay period* já tinha sido prorrogado por aproximadamente 04 (quatro) anos, a decisão colegiada enfatizou que a recuperação judicial não poderia se perpetuar para sempre, independentemente de uma possível convolação em falência.

Frisou, ainda, que a dilação do *stay period* até a homologação do Quadro Geral de Credores poderia estimular a interposição de recursos desnecessários por parte da própria recuperanda, caso fosse de seu interesse apenas procrastinar a falência pela natural demanda de tempo do Judiciário para julgá-los. Quanto a este ponto, contudo, importa asseverar que o acórdão se ateu ao pedido recursal, uma vez que não é condição para realização da Assembleia Geral de Credores a homologação anterior do Quadro Geral de Credores, até porque dependendo do número de impugnações, seria inumano cumprir o prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Por estas razões, de toda sorte, foi negado provimento ao recurso.

18 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1183826-3 – Colorado. 18ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luis Espíndola. Data de Julgamento: 19 nov. 2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DO TRÂMITE DAS AÇÕES E EXECUÇÕES PROPOSTAS POR CREDORES. ART. 6º, § 4º, DA LEI Nº 11.101/2005 (180 DIAS). POSTERIOR PRORROGAÇÃO POR MAIS 90 DIAS. INCONFORMISMO MANIFESTADO PELA EMPRESA RECUPERANDA. PRETENSA PRORROGAÇÃO ATÉ APRECIÇÃO DO PLANO OU ATÉ A HOMOLOGAÇÃO DO QUADRO GERAL DE CREDORES. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. PREJUÍZO AOS CREDORES. IMPOSSIBILIDADE DE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL SE PROLONGAR INDEFINIDAMENTE. DIREITO DE AÇÃO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE. DECISÃO MANTIDA. As circunstâncias do caso concreto impedem nova prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções propostas pelos credores, haja vista que a empresa recuperando já foi beneficiada com tais prazos e, ademais, a recuperação judicial tramita há mais de quatro anos, de modo que a pretensa prorrogação até a apreciação do plano ou até a homologação do quadro-geral de credores implicaria prolongamento indefinido da demanda e, conseqüentemente, grave prejuízo aos credores. Contexto em que o crédito, aliás, não satisfeito pela empresa recuperando, assume maior relevância que a preservação da empresa e, conseqüentemente, requer maior proteção pelo Poder Judiciário. Recurso não provido¹⁹.

Feito este panorama acerca do entendimento jurisprudencial do STJ, como Corte Unificadora de interpretação sobre leis federais, dentre as quais a lei falimentar, e do TJPR, como Corte última de revisão da subsunção de critérios abstratos ao caso concreto²⁰, passemos à avaliação das decisões selecionadas a partir da teoria da argumentação de MacCormick.

19 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1423327-3 – Assai. 18ª Câmara Cível. Relator: Pericles Bellusci de Batista Pereira. Data de Julgamento: 6 abr. 2016.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 7: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

3. Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça

Quanto à possibilidade de afastamento da literalidade do disposto no §4º do artigo 6º da Lei Falimentar, verifica-se, de antemão, que a prorrogação do *stay period* para além do prazo de 180 (cento e oitenta) dias não se trata de um caso “claro”, na concepção de McCormick.

Apesar da pretensão da legislação de coibir as lacunas legais relativas à prorrogação do *stay period* ao expressamente consignar que “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias”, a complexidade da realidade nas recuperações judiciais se mostrou impeditiva à simples aplicação literal do dispositivo. Certamente, se assim o fosse, haveria grande risco de se comprometer a principal finalidade da Lei nº 11.101/05, qual seja, a recuperação de empresas recuperáveis e a maximização de ativos das empresas não recuperáveis.

Neste sentido, portanto, partindo-se da necessidade de valoração entre a própria segurança jurídica oriunda da clareza do texto legal e a eventual consequência negativa de sua aplicação literal, sob o ponto de vista da recuperabilidade de empresas efetivamente recuperáveis, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o *stay period* poderia ser prorrogado, mas desde que respeitadas determinadas condições.

Nesta direção, o STJ entendeu que a derrotabilidade somente se configura quando o transcurso do *stay period* sem a aprovação do plano recuperacional se der por fatores alheios à própria recuperação, como a inércia do Judiciário ou outras peculiaridades do caso concreto, dentre as quais, como exemplificado pela própria Ministra Nancy Andrighi no CC nº 111.614/DF, a dimensão da sociedade recuperanda.

Contudo, apesar de se tratar de critérios abstratos, os quais deverão ser aferíveis no caso concreto pelos juízes e tribunais locais, deve-se ter em conta que a abrangência atribuída às possibilidades de

derrotabilidade da interpretação literal do dispositivo acabou por gerar uma ampla margem de liberdade às esferas inferiores do Judiciário. E sob esta perspectiva, parece criticável o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a partir da teoria da argumentação jurídica de MacCormick.

Afinal, dentre diversas maneiras de operacionalizar a recuperação judicial a fim de garantir que apenas as empresas recuperáveis tenham seu tempo de vida prolongado, dando celeridade ao processo de liquidação de ativos daquelas fadadas à falência, o legislador efetivamente fez a escolha de fixar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias como limitador da incerteza sobre o destino da própria empresa e dos credores. A fixação intransigente, além de dar segurança jurídica a todos os envolvidos na recuperação da empresa, serve como estímulo para que a recuperanda invista todos os seus esforços para a celeridade processual, sobrecaindo sobre si o risco de eventuais infortúnios ocorridos ao longo da tramitação.

No sistema de produção capitalista, a falência é consequência da ineficiência das empresas, sendo um equívoco por parte do Estado dar fôlego àquelas que, independentemente do seu porte e de sua relevância social, não são lucrativas²¹. Esta intervenção, em verdade, apenas tenderia a ampliar os prejuízos sociais gerados. Por esta razão, ao escolher pela improrrogabilidade do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o legislador diminui de forma considerável a intervenção estatal neste processo, implicando à recuperanda fortes indícios de irrecuperabilidade. Se após este prazo conseguir aprovar junto aos credores o plano de recuperação judicial, a despeito da continuidade

21 “Lado outro, torna-se também um objetivo importante dos procedimentos utilizados para liquidar as empresas que não possam se recuperar [...] Um eficiente sistema falimentar *ex post* maximizaria o saldo que credores receberiam de empresas insolventes. Para alcançar tal objetivo, torna-se necessário minimizar o tempo de duração do processo, alocar os ativos em seu maior valor de uso e escolher corretamente o procedimento para sanar a situação de crise econômico-financeira [...]”. (FERNANDES, Jean C. A interlocução entre Direito, Economia e Judiciário no sistema de insolvência empresarial. Porto Alegre: *Revista AJURIS*, v. 39, n. 128, p. 203-217, Dez. 2012, p. 206 e 213).

das execuções, será porque a recuperanda efetivamente demonstrou que gozava de condições para tanto, não cabendo ao Estado continuar intervindo sem mesmo poder dimensionar sua efetiva recuperabilidade, papel este que cabe de forma quase exclusiva aos credores.

Na esfera da análise consequencialista da decisão judicial que prorroga o *stay period*, portanto, é fundamental que se considere que a própria literalidade do texto legal está vinculada aos valores máximos tutelados pela lei em questão. Não há, assim, apenas uma dicotomia entre segurança jurídica decorrente da literalidade do texto e consequência benéfica sob o ponto de vista da recuperabilidade de empresas recuperáveis. A própria opção legislativa em tornar “duro” o prazo do *stay period* sugere uma escolha para fins de tutela tanto das empresas recuperáveis como dos credores em caso de empresas não recuperáveis.

Verifica-se, desta feita, que na esfera de “peculiaridades do caso concreto”, aquelas decorrentes de conduta de terceiros e da própria recuperanda estariam abarcadas pelo comando normativo que veda a prorrogação do *stay period*, não sendo possível ao STJ alterar a regra já definida pelo legislador para estas mesmas hipóteses.

Aliás, sobretudo quando houver um grupo de possíveis decisões válidas sobre as quais existam “desacordos irremediáveis”, o papel de escolha por “alguma maioria autorizada” ganha relevância para a definição da regra. Neste sentido, ainda mais importante que a escolha legislativa realizada pelo Congresso seja seguida, eis que fonte autorizada justamente para deliberar e decidir qual das opções válidas disponíveis deve prevalecer.

Contudo, pelo que se depreende da legislação, e em consonância com o fim da recuperação de empresas recuperáveis, há efetivamente uma lacuna não preenchida para fins de aplicação da impossibilidade de prorrogação do *stay period*: quando a responsabilidade pela extrapolação do prazo legal sem votação do plano recuperacional se dá por conta do próprio Poder Judiciário.

Enquanto a literalidade do texto normativo indica que todas as perspectivas de risco de tramitação da recuperação deveriam ser assumidas pela recuperanda, devendo ser ela a responsabilizada no caso de infortúnios dos mais diversos a acometer o processo de aprovação do plano de recuperação judicial, tal implicação jamais poderá ser imposta quando a fonte causadora do atraso na aprovação do plano for do próprio Poder Judiciário.

Afinal, tendo em vista que o instituto se materializa por força do próprio Poder Judiciário, e por não ser previsível, ou melhor, evitável a impossibilidade de cumprimento do cronograma por responsabilidade deste Poder, inafastável a conclusão de que a manutenção da literalidade efetivamente viesse a comprometer os fins pretendidos pela lei. Se o cartório deixar de encaminhar intimações de forma célere ou o juiz retardar decisões, certamente não será possível a aprovação do plano dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto para o *stay period*. Independentemente da recuperabilidade ou não da empresa, o destino da recuperação judicial ficará refém do acaso quando do sorteio do juízo no qual tramitará a ação. E isto, frisa-se, de forma totalmente incontrolável pela recuperanda.

Por esta razão, evidente que a escolha legislativa inculpada no §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05 não pode ser considerada para os casos em que o Judiciário seja a causa da morosidade para cumprimento dos atos necessários à votação do plano. Nestas situações, a literalidade do dispositivo, além de impor às recuperandas fatores não contingenciáveis, como a estrutura do cartório e a pró-atividade do magistrado, efetivamente inviabilizariam a recuperação de grandes empresas, quando o volume de intimações necessárias e providimentos jurisdicionais torna impraticável, mesmo em condições estruturais excelentes, a realização de assembleia para votação do plano em até 180 (cento e oitenta) dias.

Assim sendo, portanto, a partir da teoria de MacCorcmik, as decisões do STJ que autorizaram a dilação do *stay period* foram argumentativamente bem construídas, destacando-se a ênfase nas consequências da decisão judicial para demonstrar que a literalidade do texto não se sustenta quando o causador do atraso for o próprio Poder Judiciário.

Contudo, ao autorizar a dilação do prazo para situações específicas a serem apuradas no caso concreto, o STJ acaba por afastar da recuperanda o ônus relativo ao risco da tramitação, rompendo com a decisão legislativa anterior em sentido contrário. Neste sentido, além da insegurança jurídica gerada pelo rompimento da expectativa gerada pela legislação, uma vez que esta última já teria ampliado seu campo de incidência mesmo sobre as eventuais peculiaridades do caso concreto, criou-se uma ampla discricionariedade aos magistrados singulares e tribunais locais para ponderar sobre os valores envolvidos na prorrogação do *stay period*.

Por estas razões, é possível concluir que o entendimento do STJ adequadamente considerou a possibilidade da prorrogação do *stay period* por força da morosidade do Poder Judiciário, mas indevidamente retirou da recuperanda o ônus pelo risco de tramitação do processo recuperacional, o que, por consequência, confere ampla discricionariedade aos juízes singulares e tribunais locais. Aliás, é justamente em razão desta definição pelo STJ que surge o interesse na análise das decisões proferidas pelo TJPR, como recorte destes órgãos julgadores.

4. Análise das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná

Preliminarmente, é importante observar que em todas as decisões do TJPR citadas, há na fundamentação expressa remissão à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como fonte autorizadora para a extensão do *stay period* para além dos 180 (cento e oitenta) dias com base em peculiaridades do caso concreto, sejam elas relacionadas ao Poder Judiciário ou não. Neste ponto, portanto, é visível a preocupação dos órgãos do Tribunal local em proferir decisões coerentes com o entendimento já firmado em precedentes do STJ²², apli-

22 O que pode ser considerado salutar, uma vez que, conforme destacam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Lara Bonemer Azevedo da Rocha, “busca-se um sistema judiciário previsível, no qual

cando a possibilidade de prorrogação do *stay period* na forma definida por esta Corte Superior.

O respeito aos precedentes amplia a qualidade da justificação das decisões proferidas pelos órgãos julgadores, uma vez que ao aplicar, mesmo que de forma abstrata, a possibilidade de prorrogação do *stay period* segundo as definições do STJ, mantém a universalidade das regras definidas pelo próprio Judiciário. Desta feita, a despeito da discricionariedade do julgador no momento da verificação das peculiaridades do caso concreto, goza o jurisdicionado de segurança jurídica ao saber, de antemão, que há efetivamente a possibilidade da prorrogação do *stay period*. A autorização para o afastamento da literalidade do texto normativo segundo os critérios definidos pelo STJ, mesmo que vagos, reduz o espaço de indeterminação.

Por correlação às críticas feitas ao posicionamento do STJ, a utilização do critério que abrange a possibilidade de prorrogação diante das peculiaridades do caso concreto, bastando não haver indícios de responsabilidade da recuperanda, parece extrapolar os limites impostos pela regra legislativa, a qual teria eficácia dentro de um contexto em que tais situações fáticas já estariam abarcadas.

Por esta razão, inclusive, tanto a decisão do Agravo de Instrumento nº 1.455.717-4, de relatoria do Desembargador da 17ª Câmara Cível Rui Bacellar Filho, como a do Agravo de Instrumento nº 1.183.826-3, de relatoria do Desembargador da 18ª Câmara Cível Luis Espíndola, ambas pautadas na possibilidade de prorrogação do *stay period* por ausência de indícios de que a recuperanda tenha contribuído para a extrapolação do prazo legal, demonstram dificuldades argumentativas para justificar a derrotabilidade da literalidade da nor-

os Tribunais Superiores tenham entendimentos sedimentados, suscetíveis de mudanças apenas em casos justificados, como quando houver alteração legislativa ou mudanças na sociedade que exijam nova manifestação a respeito de determinada matéria, e que, em seguida, tenham suas decisões respeitadas pelos Tribunais Federais e dos Estados". (RIBEIRO, Marcia C.; ROCHA, Lara B. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. Porto Alegre: *Revista AJURIS*, v. 40, n. 132, p. 167-184, Dez., 2013, p. 182).

ma, cuja força, ressalta-se mais uma vez, é impulsionada pela expressão “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias”.

No Agravo de Instrumento nº 1.455.717-4, pautado em dois fundamentos, ao mesmo tempo em que assevera que “a extrapolação do prazo de 180 dias não causa o automático prosseguimento das ações e execuções contra a empresa recuperanda, senão quando comprovado que sua desídia causou o retardamento da homologação do plano de recuperação judicial”, a decisão destaca que a iminência da Assembleia Geral de Credores impõe a dilação do *stay period*, pois tal determinação seria hábil a tutelar o valor referente à “recuperabilidade da empresa recuperável”.

Mais do que uma extensão do critério já estabelecido pelo STJ, o primeiro fundamento inova quanto à questão probatória para sua aplicação ao caso concreto. Ao assinalar que a desídia da recuperanda deve ser comprovada, além de impor um ônus probatório praticamente intransponível àqueles que pretendem impedir a prorrogação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a decisão, em verdade, altera a própria lógica de derrotabilidade da interpretação literal do texto normativo. Afinal, se a regra deve ser a impossibilidade de prorrogação do *stay period*, a sua exceção deve ser justificada por meio da demonstração de elementos não abarcados no contexto universalizável da norma. O ônus de demonstrar que o *stay period* deve ser prorrogado porque a extrapolação do prazo não se deu por desídia da recuperanda, evidentemente, tem de ser da própria recuperanda.

Já em relação ao segundo fundamento, baseado na ponderação de que o tempo para a Assembleia Geral de Credores seria relativamente breve, sendo desproporcional a interrupção do *stay period* ante os impactos na negociação dos credores, a decisão parte de premissa falsa. Isto porque, tal como já asseverado neste texto, é correto o adiamento da Assembleia Geral de Credores por voto da maioria dos próprios credores, usualmente para inclusão de alterações no plano.

Em suma, a própria ponderação realizada no voto acerca da iminência da Assembleia Geral de Credores é equivocada, uma vez que não é possível ao julgador saber se o plano será votado nesta assembleia, ou se serão adiadas várias delas até uma decisão após meses ou anos de sua decisão.

Da mesma forma, no Agravo de Instrumento nº 1.183.826-3, relatado pelo Desembargador Luis Espíndola da 18ª Câmara Cível, o *stay period* foi prorrogado ante a inexistência de indícios de que a “conduta da agravada em regime de recuperação judicial tenha contribuído para a morosidade do procedimento”, novamente invertendo o ônus probatório, tornando quase inviável a prova de que a recuperanda não investiu todos os esforços possíveis na tentativa de cumprimento do prazo legal do *stay period*.

Ademais, no intuito de demonstrar que a prorrogação estaria de acordo com a tutela do valor “recuperabilidade de empresa recuperável”, a decisão indica como peculiaridade do caso concreto a impossibilidade da recuperanda de utilizar seu parque fabril em razão de litígio com terceiros, o que implicaria um empecilho para que o eventual plano de recuperação judicial aprovado fosse implementado.

Ora, diante da difícil mensuração de qual a responsabilidade da recuperanda por ter perdido a posse de seu parque fabril, não é possível simplesmente derrotar a regra legislativa na qual a escolha decisória para estes casos já foi feita. A decisão, ao prorrogar o *stay period* até a homologação do plano ou decisão ulterior, acaba por presumir que a empresa seria recuperável e que a falência não seria interessante, pois afasta a ponderação já realizada pelo legislador sem qualquer fundamento hábil a demonstrar a recuperabilidade da empresa a despeito do descumprimento do prazo legal.

Evidente, pois, que a fundamentação de ambas as decisões acima citadas não atende aos requisitos analíticos da teoria da argumentação de MacCormick. A um, porque com a necessidade de demonstração de que houve desídia da recuperanda, simplesmente há

um afastamento da premissa de que ônus de demonstrar a derrotabilidade da interpretação deve ser imposto àquele que será beneficiado com o afastamento da regra. A dois, porque é manifesta a superficialidade na análise para definir se as peculiaridades fáticas envolvidas atendem, a partir das consequências do ato decisório, a finalidade da legislação aplicável à espécie.

Aliás, sobretudo quanto a esta necessidade do reforço argumentativo para justificar a derrotabilidade da interpretação literal, é interessante notar que as decisões dos Agravos de Instrumento nº 1.296.026-0 e 1.423327-3, de relatoria dos Desembargadores Tito Campos de Paula e Pericles Bellusci Pereira, respectivamente da 17ª e 18ª Câmaras Cíveis, são pautadas justamente neste ponto.

No Agravo de Instrumento nº 1.296.026-0, a despeito do provável aumento na dificuldade de aprovação do plano pela continuação das execuções, verificou-se que a suspensão da Assembleia Geral de Credores tornou imprevisível por quanto tempo seria necessária a prorrogação do *stay period*, razão pela qual não seria possível consolidar argumentos hábeis a derrotar a literalidade da norma. Afinal, mesmo partindo do pressuposto de que o STJ tenha autorizado a prorrogação do período de graça quando a recuperanda não tiver dado ensejo ao atraso, para o afastamento da literalidade da norma deve haver ainda a existência de um fundamento hábil a demonstrar que a prorrogação seja benéfica aos valores “recuperabilidade de empresas recuperáveis” e “maximização dos ativos na falência”. E neste sentido o voto condutor evidencia que, ante a ausência de previsão para análise do plano, tampouco seria possível averiguar se tal medida divergiria ou convergiria para a tutela dos referidos valores.

Da mesma forma, no Agravo de Instrumento nº 1.423.327-3, ao constatar que o juízo singular havia prorrogado o *stay period* por quatro anos, o voto condutor demonstrou que uma nova prorrogação até a apreciação do plano seria desarrazoada. Se em razão da excepcional prorrogação foi estendido por aproximadamente 08 (oito) vezes o prazo legal de votação do plano, não somente seria imprevisível

saber os limites de uma nova prorrogação e os impactos desta incerteza na análise dos valores tutelados pela legislação falimentar (tal como no caso do Agravo de Instrumento nº 1.296.026-0), como a força argumentativa a ser apresentada necessitaria de ainda maior robustez para derrotar a interpretação literal da norma, justamente pelo transcurso de tantos anos.

Portanto, em ambos as decisões há uma superioridade qualitativa em relação as duas anteriormente analisadas, justamente porque parte da necessidade da força argumentativa para fins de derrotabilidade da norma, deixando de inverter o ônus da recuperanda em fazê-lo e estabelecendo escolhas que, diante de um cenário já previsto, foram tomadas pelo legislador.

De toda sorte, ainda é importante destacar a pertinência do Agravo de Instrumento nº 1.390.531-4, relatado pelo Desembargador Fernando Wolf, da 17ª Câmara Civil. Com a demonstração pela prova dos autos de que as intimações necessárias e os provimentos jurisdicionais tardaram a ser realizados independentemente da vontade da recuperanda, além da consonância com o critério abstrato formulado pelo STJ de que efetivamente seria possível derrotar a literalidade do prazo legal por problemas decorrentes da máquina judiciária. A decisão esclarece ainda a relevância dos elementos fáticos que efetivamente afastam qualquer responsabilidade da recuperanda para o atraso para o julgamento do plano recuperacional.

A decisão anota que o atraso se deu por culpa do tempo de intimações e de provimentos jurisdicionais pelo magistrado singular, deixando de lado considerações genéricas baseadas, muitas vezes, tão somente no porte da empresa. Esse posicionamento é meritório, sobretudo, porque apesar de empresas de maior porte direta ou indiretamente onerarem mais o Judiciário, ante a necessidade de maior volume de intimações e análise de impugnações de crédito, tal qualificação pode não ser necessariamente a razão para o atraso.

Desta feita, a decisão do Agravo de Instrumento nº 1.390.531-4, além de utilizar para prorrogação do *stay period* um critério perti-

nente e efetivamente não abarcado pela escolha legislativa imposta no §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, está atento à necessidade de demonstração da ocorrência destes elementos hábeis a derrotar a interpretação literal no caso concreto. Neste sentido, portanto, a decisão pode ser considerada adequada aos termos da teoria argumentativa de MacCormick.

Conclusão

Após a apresentação das definições trazidas por MacCormick em sua teoria da argumentação, foi possível investigar, segundo tais parâmetros, a qualidade de decisões judiciais proferidas pelo STJ e pelo TJPR no que diz respeito à prorrogação do *stay period*, fixado no §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05.

Neste sentido, ressaltou-se o entendimento do STJ pela possibilidade de prorrogação do *stay period* quando o escoamento do prazo sem a aprovação do plano se dá por fatores alheios à própria recuperanda, como a inércia do Judiciário ou outras peculiaridades do caso concreto que transcendem ao controle da recuperanda.

Em relação à responsabilidade do Judiciário, acertou o STJ ao verificar a derrotabilidade da interpretação literal da legislação ante os valores que seriam prejudicados frente às consequências do ato decisório que deixasse de prorrogar o *stay period*. Contudo, ao permitir que a prorrogação deste período para além desta hipótese, indevidamente retirou da recuperanda o ônus pelo risco de tramitação do processo recuperacional, que já havia sido imposto pelo legislador, rompendo com regra pré-definida. Ademais, por consequência desta extensão, conferiu ampla discricionariedade aos juízes singulares e tribunais locais.

E nesta direção, apesar de decisões acertadas restringindo a prorrogação aos casos em que a morosidade na votação do plano se deu por responsabilidade do Poder Judiciário, ou ainda deixando de

prorrogar o prazo legal frente a ausência de robustez argumentativa para a derrotabilidade da interpretação literal da norma, esta ampla discricionariedade oportunizou que o *stay period* fosse também prorrogado sem o rigor analítico necessário para a adequada justificação.

Como se viu, além da inversão do ônus probatório para demonstrar a ausência de responsabilidade da recuperanda, cabendo a terceiros demonstrar a desídia desta última para que a literalidade da norma seja aplicada, houve decisões nas quais a ponderação de valores foi realizada de forma superficial e genérica, entendendo-se que a prorrogação seria medida necessária para resguardar a recuperação da empresa e o pagamento dos credores, mesmo que tal análise, além de ser de difícil mensuração pelo julgador, seja de competência quase exclusiva dos credores, conforme definido na legislação.

Verifica-se que, dentro do recorte de julgados realizado para o presente estudo, goza o jurisdicionado ainda de grande insegurança jurídica quanto ao tema, seja pela ampla extensão de possibilidade para prorrogação do *stay period*, seja pela superficialidade da análise realizada por alguns julgados no intuito de verificar se as peculiaridades do caso concreto seriam suficientes para a derrotabilidade da regra do §4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05.

A PROTEÇÃO DO SÓCIO MINORITÁRIO NA SOCIEDADE LIMITADA¹

THE PROTECTION OF THE MINORITY PARTNER IN THE LIMITED LIABILITY COMPANY

*Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque
João Rafael Zanotti Guerra Frizzera Delboni*

Resumo: O artigo tem como objetivo a análise da estruturação da arquitetura societária da sociedade limitada e seus reflexos na relação entre os sócios. No primeiro capítulo, aborda-se o contrato social e suas cláusulas, os pactos parassociais e a distinção entre sócio majoritário, minoritário e poder de controle. No capítulo seguinte, trata-se dos mecanismos de proteção do sócio minoritário atinentes às seguintes matérias: deliberações sociais, direito à fiscalização, resolução da sociedade em relação ao sócio, cessão de quotas, direito a participação nos lucros, capital social e administração da sociedade. A partir dessa análise, observa-se as possibilidades jurídicas de horizontalização da relação entre os sócios, e os pontos favoráveis e desfavoráveis de cada instrumento, cuja escolha dependerá, obviamente, do caso concreto.

Palavras-chave: Sociedade limitada. Contrato social. Pactos parassociais. Sócio minoritário. Proteção da minoria.

Abstract: The article aims at analyzing the structuring of the architecture of the limited liability society and its reflections in the

¹ Artigo recebido em 03.10.2017 e aceito em 31.10.2018.

relationship between the partners. In the first chapter, we discuss the articles of incorporation and its clauses, the shareholder's agreement and the distinction between majority partner, minority and control power. In the next chapter, we discuss the protection mechanisms of the minority partner related to the following matters: company resolutions, right to supervision, resolution of the company in relation to the partner, transfer of quotas, right to profit sharing, capital stock and management of the company. From this analysis, one can observe the juridical possibilities of horizontalization of the relationship between partners, and the favorable and unfavorable points of each instrument, whose choice will obviously depend on the concrete case.

Keywords: Limited liability company. Articles of incorporation. Shareholder's agreement. Minority partner. Minority protection instruments.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações Iniciais. 2.1. Contrato Social. 2.1.1. Cláusulas obrigatórias. 2.1.2. Cláusulas facultativas. 2.2. Pactos parassociais. 2.3. Sócio majoritário, minoritário e poder de controle. 3. Instrumentos de proteção. 3.1. Cessão de quotas. 3.1.1. Contrato social omissivo. 3.1.2. *Tag along*. 3.2. Capital social. 3.2.1. Aumento do capital social. 3.2.2. Integralização do capital social com bens. 3.3. Administração da sociedade. 3.4. Participação nos resultados sociais. 3.5. Direito de fiscalização. 3.6. Resolução da sociedade em relação ao sócio. 3.6.1. Exclusão extrajudicial do sócio minoritário. 3.6.2. Direito de retirada. 3.6.3. Sucessão por morte. 3.7. Deliberações sociais. 3.7.1. Quórum, forma e convocação. 3.7.2. Deliberações de competência contratual. 3.7.3. Acordo de voto. 3.7.4. Manual de participação (*Proxy statement*). 4. Conclusão.

1. Introdução.

A composição de interesses dos sócios é tarefa árdua. Quem investiu muito quer ditar os desígnios sociais, ao passo que quem investiu menos também quer influenciar na direção da sociedade. Afinal, o objetivo na constituição da sociedade limitada, além da busca do lucro, é a proteção do investimento.

Em tempos de governança corporativa, o presente artigo, longe de adotar opções extremas de proteção do minoritário – as quais, por vezes, inviabilizam a própria atividade empresária –, sugere instrumentos de horizontalização da relação entre os sócios, ampliando a participação do sócio minoritário nos negócios sociais.

Cumprе destacar que esses instrumentos devem ser inseridos no contrato social ou em pactos parassociais, pois apesar do Código Civil (“CC”) prever mecanismos de proteção do minoritário (*e.g.* direito de fiscalização e a possibilidade de escolha de um dos membros do conselho fiscal pela minoria), a previsão legal é insuficiente².

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar os instrumentos que, se inseridos no contrato e/ou nos pactos parassociais, permitem ampliar a participação dos sócios minoritários na sociedade limitada.

2 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho define que na sociedade limitada o majoritário tem tanto poder que “[...] pode interferir na esfera dos direitos dos demais sócios – em alguns casos, pode até mesmo definir a extensão desses direitos –, de forma unilateral. Em contrapartida a esse poder, a lei societária brasileira não põe à disposição dos sócios da limitada em posição de minoria instrumentos suficientes à tutela de seus interesses. Assim, para se resguardar contra os abusos do sócio majoritário, os minoritários devem estabelecer, ao negociarem o ingresso na sociedade, condições contratuais que supram a carência de garantias legais” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II, p. 353).

2. Considerações iniciais.

2.1. Contrato social.

A sociedade limitada surge da união de esforços de pessoas físicas e/ou jurídicas visando o exercício de atividade econômica, com a partilha, entre si, dos resultados (CC, art. 981).

É constituída por contrato escrito, público ou particular, que deverá ser arquivado no Registro Público Mercantil para que a sociedade adquira personalidade jurídica (CC, arts. 45 e 985). Enquanto não registrado o ato constitutivo na Junta Comercial, a sociedade é tida como sociedade em comum (CC, arts. 986 a 990).

A partir do registro, surge (i) a limitação da responsabilidade dos sócios à integralização do capital social (CC, art. 1.052); e a (ii) autonomia patrimonial entre sócios e sociedade, na medida em que “[...] os bens, direitos e as obrigações da sociedade, enquanto pessoa jurídica, não se confundem com os dos seus sócios”³.

Cumprir destacar que o contrato de sociedade se caracteriza como negócio jurídico plurilateral, pelo qual os sócios assumem direitos e obrigações entre si e perante a sociedade empresária. Assim é a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] os participantes do ato assumem obrigações e titularizam direitos, uns perante os outros (como em qualquer negócio jurídico), mas, também criam um novo sujeito (a pessoa jurídica), com o qual passam a manter, de imediato, vínculos obrigacionais, como devedores ou credores⁴.

Por fim, considerando que o contrato social é o espaço em que se prevê os direitos e deveres dos sócios, esse é o instrumento de

3 Ibidem, p. 51.

4 COELHO, Fábio Ulhoa. Os sócios na sociedade limitada. In: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). *Tratado de direito comercial: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2015, v. II, p. 162.

definição da arquitetura da pessoa jurídica, mediante a regulação da relação entre os sócios, dos sócios com terceiros e dos sócios com a sociedade.

2.1.1. Cláusulas obrigatórias.

As cláusulas obrigatórias são imperiosas ao registro da sociedade limitada na Junta Comercial e encontram-se taxativamente previstas na legislação, a saber: no art. 997 do CC; no art. 35, III, da Lei nº 8.934/94; e no art. 53, III, do Decreto nº 1.800/1996⁵.

Como as disposições acima se aplicam, no que couber, à sociedade limitada (CC, art. 1.054), seu ato constitutivo deve mencionar: (i) nome e qualificação dos sócios; (ii) o nome empresarial, endereço da sede e filiais e foro; (iii) o objeto social; (iv) capital da sociedade, expresso em moeda corrente, sua distribuição e a forma de integralização; (v) prazo de duração da sociedade e a data de encerramento do exercício social, salvo quando não coincidente com o ano civil; (vi) a qualificação, poderes e atribuições das pessoas naturais responsáveis pela administração da sociedade; e (vii) a participação dos sócios nos resultados sociais⁶.

5 Assim leciona Fran Martins: “Em tais condições, para a feitura dos contratos de constituição de sociedades empresárias, devem ser considerados, hoje, o disposto no art. 997 do Código Civil e o constante do art. 35, III, da Lei nº 8.934, de 1994, e do art. 53, III, do Dec. nº 1.800, de 1996, que, esclarecendo e complementando aquele primeiro inciso legal, determinaram as cláusulas que devem ser adotadas como obrigatórias para a validade contratual” (MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 177).

6 Apesar do art. 997, VIII, do CC exigir a indicação no contrato social se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais, e existir entendimento doutrinário no sentido de que se no contrato social “[...] não constar essa cláusula, expressa e essencial, a sociedade passa a ser considerada em nome coletivo, de nada valendo que em sua firma ou razão social conste a expressão ‘limitada’” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. I, p. 590), entendemos que tal regra cuida de um formalismo desnecessário. Isto porque, na sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios limita-se à integralização do capital social (CC, art. 1.052). Assim, não há motivo para sua reiteração no contrato social. Caso os sócios queiram renunciar o benefício legal, tal renúncia só poderá

No âmbito do Departamento de Registro Empresarial e Integração (“DREI”), os requisitos para registro da sociedade são regulamentados principalmente pelas Instruções Normativas DREI nº 32/2017 e 38/2017, que trazem, dentre outros, os Manuais de constituição e registro da sociedade limitada, respectivamente.

2.1.2. Cláusulas facultativas.

As cláusulas facultativas, por outro lado, “[...] não impedem o arquivamento do contrato social no órgão de registro e, especificadas pelos contratantes, regulam inúmeras situações da vida social”⁷. Em outras palavras, são cláusulas que não se encontram necessariamente previstas na lei e, por isso, abrem novas possibilidades de planejamento da arquitetura societária (CF, art. 5º, II), tal como explicam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede:

Facilmente se percebe que os atos constitutivos amoldam-se ao princípio da legalidade, inscrito no artigo 5º, II, da Constituição: estamos obrigados a fazer o que a lei determina e a deixar de fazer o que a lei proíbe, mas, visto pelo ângulo oposto, somos livres para fazer, ou não, o que não é proibido, nem é determinado, por lei. Abre-se, assim, um amplo espaço para a autonomia privada, ou seja, para que os particulares (os sócios) possam estabelecer parâmetros facultativos para a sociedade e, mesmo, para a atividade negocial que ela desenvolverá. Essa possibilidade dá ao ato jurídico uma importância ainda maior: ele pode (e deve) traduzir os elementos específicos daquilo que convencionaram os sócios, traduzindo em regras (cláusulas ou artigos) o que acordaram. Assim, somando o obrigatório com o facultativo, o ato cons-

operar por declaração expressa no próprio contrato social, jamais tacitamente. Cf., dentre outros, MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. II, p. 53.

7 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I, p. 297.

titutivo define a infraestrutura jurídica da pessoa, incluindo normas para as relações entre os sócios, os atos que as pessoas (sócios, administradores, prepostos e a sociedade em si) podem praticar e os que lhe são vedados, o funcionamento da organização etc⁸.

São exemplos de cláusulas facultativas arroladas no CC a previsão de regras para reunião de sócios (CC, art. 1.072), a previsão de regência supletiva da sociedade pela Lei nº 6.404/1976 (CC, art. 1.053, parágrafo único), a instituição de conselho fiscal (CC, art. 1.066) e a possibilidade de exclusão extrajudicial de sócio (CC, art. 1.085).

Além delas, outras cláusulas de interesse dos sócios também podem constar no contrato social, por exemplo, cláusula *buy or sell*, *tag along* ou *drag along*.

2.2. Pactos parassociais.

Fora do contrato social, também há espaço para que os sócios contratem entre si diretrizes para regular a arquitetura societária. A esse negócio jurídico dá-se o nome de pacto parassocial, que se caracteriza por sua autonomia, e, simultânea, ligação com os atos constitutivos da sociedade, conforme explicam Comparato e Salomão Filho:

Esses pactos parassociais caracterizam-se [...] pelo fato de sua autonomia formal, em relação aos atos constitutivos ou estatutos da sociedade, e, ao mesmo tempo, pela sua coligação funcional com estes últimos. São concluídos para produzir efeitos no âmbito social, mas a sua eficácia é limitada, em princípio, às partes que os celebraram. Perante a sociedade, eles são *res inter alios acta*, salvo norma legal específica em contrário⁹.

8 MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Manual de redação de contratos sociais, estatutos e acordos de sócios*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32-33.

9 COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 169.

Herbert Kugler afirma que o pacto parassocial constitui um contrato acessório, que interage com o contrato social, mas jamais o substitui¹⁰. Gladston Mamede define que “[n]ão é lícito estabelecer pactos parassociais que desrespeitem o contrato social já que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (Artigo 422 do Código Civil)”¹¹.

Segundo esse raciocínio, o pacto parassocial poderia ter como objeto qualquer matéria ligada aos negócios sociais, ainda que não prevista no art. 118 da Lei nº 6.404/1976, mas, por sua acessoriedade, jamais poderia contrariar o previsto no contrato social.

Com o devido respeito, esse entendimento, com o advento do diploma cível de 2002, deve ser visto com cautela. Isto porque, antes do CC, aplicava-se aos pactos parassociais o art. 302 do Código Comercial, segundo o qual “toda cláusula ou condição oculta, contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato é nula”. Entretanto, atualmente, o art. 997, parágrafo único, do CC prevê que “É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato”. Desta forma, conforme observa Marcelo Vieira von Adamek, a questão agora é de ineficácia do pacto parassocial, e não mais de sua nulidade¹². Explica-se.

O pacto parassocial, no campo da eficácia, deve ser analisado

10 KUGLER, Herbert Morgenstern. Acordos de sócios nas sociedades limitadas. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2015, v. II, p. 207.

11 MAMEDE, Gladston. op. cit., p. 62.

12 “A redação deste preceito [CC, art. 997, parágrafo único] constitui um aprimoramento em relação à sua regra de origem, o art. 302 do Código Comercial (segundo o qual ‘toda cláusula ou condição oculta, contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato é nula’). A hipótese não é de nulidade, como antes previsto, e sim de ineficácia (relativa) do ato perante terceiros” (VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 411).

sob 02 (duas) frentes: (i) na relação entre os próprios contratantes; e (ii) na relação dos contratantes com terceiros.

Na relação entre os sócios contratantes, o pacto parassocial pode prever cláusulas contrárias ao contrato social, as quais somente terão eficácia entre os próprios contratantes. Como visto acima, tal entendimento resulta da interpretação *a contrario sensu* do art. 997, parágrafo único, do CC, que dispõe que “É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato”. Assim explica Marcelo Vieira von Adamek:

Segue-se daí que, *a contrario sensu*, tais pactos têm plena eficácia entre as partes, donde se infere a sua admissibilidade (validade e eficácia) entre os sócios de sociedades reguladas pelo Código Civil, com a ressalva apenas de que as cláusulas lesivas aos interesses de terceiros e contrárias ao contrato social não serão oponível a quem deles não faça parte; gozarão de eficácia interna e apenas pelo metro de outros institutos (como o da *exceptio doli*) poderão projetar efeitos limitados perante terceiros¹³.

Em relação aos terceiros, para que o pacto seja oponível em face da sociedade, basta estar arquivado em sua sede (Lei nº 6.404/1976, art. 118, *caput*); e, para que seja oponível perante os demais terceiros (outros sócios ou não sócios), o contrato deve estar arquivado no Registro Público ou ser de conhecimento do terceiro (CC, art. 997, parágrafo único).

Exatamente por essa dificuldade de se opor as cláusulas previstas no pacto parassocial em face de terceiros, que se conclui que as cláusulas facultativas são mais efetivas em regular a atuação societária dos sócios¹⁴. Claro que, quanto às matérias de interesse exclusi-

13 VON ADAMEK, op. cit., p. 411-412.

14 Não bastasse isso, também merece destaque as complicações decorrentes da duração do pacto parassocial, conforme alertam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede: “A forma por excelência para evitar um tal cenário funesto é a prevenção, não por meio dos pactos paras-

vo dos sócios, sugere-se sua previsão exclusivamente em “contratos de gaveta”, *in casu*, pactos parassociais não arquivados na Junta Comercial.

2.3. Sócio majoritário, minoritário e poder de controle.

As deliberações da sociedade limitada seguem o princípio majoritário, segundo o qual a tomada de decisões da pessoa jurídica se dá por maioria de votos. Nesse sentido, Fabio Konder Comparato explica que:

[...] a sociedade existe no interesse dos sócios, e como ninguém, em princípio, está investido da prerrogativa de decidir pelos interesses alheios, prevalece sempre a vontade do maior número, julgando cada qual segundo o seu próprio interesse¹⁵.

Desta forma, levando-se em conta apenas um critério quantitativo, distingue-se os sócios entre majoritários e minoritários a partir de sua participação societária. Quem investiu muito e, portanto, assumiu mais risco, é majoritário. Quem assumiu menos riscos e, portanto, investiu pouco, é minoritário.

Entretanto, como alerta Osmar Brina Côrrea Lima ao referir-se à sociedade anônima, “[...] tanto a lei, como a doutrina e a jurisprudência continuam a empregar a expressão acionista minoritário, sem maior preocupação com a precisão terminológica”¹⁶.

sociais, que podem ser denunciados e, assim, extintos, com maior facilidade. O contrato social ou o estatuto social, respectivamente nas sociedades por quotas e ações, são o melhor instrumento para dispor normas de proteção aos minoritários, mormente quando se preveja a necessidade de aprovação unânime para sua alteração” (MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holdings familiar e suas vantagens*. planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 146).

15 COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 43.

16 LIMA, Osmar Brina Côrrea. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 11.

Tal crítica também cabe à sociedade limitada. A uma, pois a corrente que defende a emissão de quotas sem direito a voto (quotas preferenciais) na sociedade limitada ganhou força com o advento na Instrução Normativa DREI nº 38/2017¹⁷ e, por isso, a maioria acaba por não necessariamente expressar o capital votante. A duas, pois classificar os sócios com base na participação do capital social, ainda que não seja possível a emissão de quotas preferenciais, não traduz a situação de controle da sociedade¹⁸.

Ora, como é cediço, poder de controle é o poder máximo da estrutura hierárquica da sociedade exercido por quem titulariza direitos de voto em quantidade suficiente para determinar as deliberações em assembleia¹⁹.

Nesse sentido, a Lei nº 6.404/1976 define como sócio controlador a pessoa ou o grupo de pessoas que aglutina o maior número de votos nas deliberações sociais e efetivamente utiliza esse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (Lei nº 6.404/1976, art. 116).

17 Isso se extrai da seguinte passagem: “[...] II – presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais como: a) Quotas em tesouraria; b) Quotas preferenciais; c) Conselho de Administração; e d) Conselho Fiscal” (Grifos do autor)”. Note-se que o Projeto do Novo Código Comercial (PL 1572/2011) permite a distribuição de quotas preferenciais com a supressão do direito a voto na sociedade limitada: “Art. 200. O contrato social pode instituir quotas preferenciais que atribuam a seus titulares a prioridade no recebimento de dividendos mínimos, fixos ou diferenciais, cumulativos ou não, ou para lhes conferir o direito de eleger administrador. § 1º. A outorga de qualquer das vantagens previstas neste artigo pode ser por prazo determinado ou indeterminado. § 2º. O contrato social pode estabelecer a supressão ou limitação do exercício do direito de voto pelo sócio titular de quotas preferenciais”.

18 Nesse sentido, Osmar Brina Côrrea Lima é claro ao afirmar que “[...] minoria não exprime, como pode parecer a princípio uma relação numérica de inferioridade em assembleia geral de acionistas, mas traduz, sobretudo, uma situação jurídica, uma correlação de direitos e deveres, um *status* em relação à sociedade” (LIMA, Osmar Brina Côrrea, op. cit., p. 12).

19 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Título VI – órgãos sociais: capítulo I – estrutura da companhia. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. (Coords.). *Direito das companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 598-601.

Assim, muito mais importante do que se distinguir a posição dos sócios com base nas quotas que cada um titulariza, é verificar quem exerce o poder de controle. Afinal, o sócio “minoritário” controlador, com toda certeza, não precisará dos mesmos instrumentos de proteção que um sócio “minoritário” não controlador.

“Por todas essas razões [...]”, Osmar Brina Côrrea Lima afirma que “[...] não apenas repudiamos as expressões ‘majoritário’ e ‘minoritário’, como também preconizamos o seu total abandono e substituição por ‘controlador’ e ‘não controlador’”²⁰.

No mesmo sentido, Rubens Requião conclui que o mais correto seria falar-se em “[...] ‘proteção do acionista’, pois essa proteção sempre seria concedida ao acionista que não dispusesse do controle, ou não pertencesse ao grupo que o exerce”²¹.

Entretanto, como o presente trabalho trata da sociedade limitada, a qual na maior parte das vezes tem o controle exercido pelos sócios detentores de maior parcela do capital social, utilizar-se-á o termo sócio minoritário, mas sempre com a intenção de referir-se ao sócio não controlador.

3. Instrumentos de Proteção.

3.1. Cessão de quotas.

A cessão de quotas é definida como um “[...] negócio jurídico, oneroso ou gratuito, pelo qual o sócio transfere seus direitos e obrigações de participação na sociedade a um terceiro, sócio ou não”²².

20 LIMA, Osmar Brina Côrrea, op. cit., p. 12.

21 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. II, p. 181.

22 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do código civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 402.

Omisso o contrato social, a cessão de quotas entre sócios será livre. A sucessão para terceiros, por outro lado, dependerá da não oposição de (um quarto) do capital social, nos termos do art. 1.057 do CC.

3.1.1. Contrato social omissivo.

Como visto acima, sendo o contrato social omissivo, a cessão de quotas entre os sócios da sociedade será livre – isto é, independe da anuência dos demais sócios –, e a cessão de quotas para terceiros dependerá da concordância de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social.

Isso traz alguns problemas ao sócio minoritário. Vejamos.

O primeiro decorre da possibilidade de cessão de quotas entre sócios sem a anuência dos demais. Isso pode resultar no surgimento de maiorias indesejadas sem a aquiescência dos demais sócios, mediante a aglutinação de muitas quotas em um único sócio.

O segundo advém do quórum mínimo de (um quarto) para impedir a cessão de quotas para terceiros. Ora, se o sócio é minoritário, em raras ocasiões será ele proprietário de mais de 25% (vinte e cinco por cento) das quotas da sociedade. Assim, a qualquer momento um estranho poderá ingressar na sociedade e ditar o curso dos negócios sociais.

Desta forma, a fim de evitar a acumulação de quotas em um único sócio e o ingresso de terceiros indesejados, sugere-se o aumento do quórum necessário para aprovação da cessão de quotas tanto para terceiros quanto para sócios.

Mas tal sugestão deve ser vista com cautela, pois aumentado o quórum de aprovação necessário para cessão de quotas, dificulta-se a desvinculação do próprio sócio minoritário mediante cessão de

quotas. Nesse caso, restará apenas a desvinculação por ato unilateral (direito de retirada), de modo que deve prevalecer a opção mais interessante no caso concreto.

Por fim, sendo ou não possível o aumento do quórum para cessão de quotas, sugere-se a previsão de direito de preferência na aquisição de quotas dos demais sócios, quando estes pretenderem cedê-las a terceiro(s), a ser exercido em prazo razoável, no preço e nas condições negociadas.

3.1.2. *Tag along.*

Esse mecanismo é de crucial importância para a proteção do sócio minoritário na hipótese de alienação de controle da sociedade empresária. No direito brasileiro, tal instrumento encontra-se expressamente previsto no art. 254-A da Lei nº 6.404/1976.

Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

Sua inclusão no contrato social ou em acordo de sócios, deste, assegura ao minoritário, no momento de alienação de controle da sociedade, que o adquirente ofereça por suas quotas preço menor, igual ou equivalente ao valor pago pelas quotas dos sócios controladores. Assim, evita-se que o minoritário venha a conviver com um terceiro indesejado que, por ter adquirido o controle da sociedade limitada, ditará todos os desígnios sociais.

3.2. Capital social.

O capital social reflete o investimento dos sócios para dar início à atividade empresária. Por este motivo, deve ser quantificado em valor suficiente para a consecução do objeto social.

O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio (CC, art. 1.055). O ato constitutivo deverá indicar a participação de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la (CC, art. 997, IV), sendo vedada sua integralização por meio da prestação de serviços (CC, art. 1.055, §2º).

Note-se, ainda, que a Instrução Normativa DREI nº 38/2017 foi expressa ao autorizar a sociedade limitada regida supletivamente pelas normas da sociedade anônima a adquirir suas próprias quotas, observadas as condições previstas na Lei nº 6.404/1976²³.

Apesar do capital social ser expresso em moeda corrente, sua integralização pode se dar mediante qualquer bem que possa ser avaliado em dinheiro, *e.g.*, cessão de créditos, imóveis, licença de uso de marcas e patentes²⁴. Por outro lado, cumpre destacar que o capital social jamais poderá ser integralizado com lucros futuros que o sócio venha a auferir na sociedade²⁵.

Não há na limitada a obrigação de apresentação de laudo de

23 A redação é a seguinte: “Se o contrato social contiver cláusula determinando a regência supletiva da Lei de Sociedades por Ações, a sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições legalmente estabelecidas, fato que não lhe confere a condição de sócia (Enunciado nº 391 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal)”.

24 JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. *Manual das sociedades limitadas: uma abordagem interdisciplinar* (aspectos empresariais, concorrenciais, de propriedade industrial, sucessórios, tributários, trabalhistas, previdenciários e licitatórios) de acordo com jurisprudência e legislação atualizada, inclusive com a lei do novo simples. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 204-205.

25 Assim prescreve a Instrução Normativa DREI nº 38/2017: “Não poderá ser indicada como forma de integralização do capital a sua realização com lucros futuros que o sócio venha a auferir na sociedade”.

avaliação dos bens, como ocorre na sociedade anônima (Lei nº 6.404/1976, art. 8º), mas todos os sócios respondem solidariamente pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social pelo prazo de 05 (cinco) anos a contar da data de registro da sociedade (CC, art. 1.055, §1º).

Ademais, todos que se obrigam a ingressar em uma sociedade limitada devem integralizar suas quotas no tempo, modo e condições estabelecidas no contrato social (CC, art. 1.004). O descumprimento do dever de integralizar as quotas torna o sócio remisso, sujeitando-o às penalidades do art. 1.058 do CC.

3.2.1. Aumento do capital social.

Não dispondo o contrato social sobre o aumento do capital social, a matéria dependerá de aprovação dos sócios titulares de 3/4 (três quartos) do capital social (CC, arts. 1.071, V, 1.076, I e 1.081).

Para evitar a diluição da participação societária da minoria, a qual, no mais das vezes, não detém capital suficiente para exercer seu direito de preferência à subscrição do aumento do capital social, sugere-se a previsão de cláusula de unanimidade para a aprovação da matéria.

Demais disso, impõe-se que a minoria exija contratualmente que o aumento de capital social somente seja posto em deliberação caso haja real justificativa, pois o aumento injustificado poderia ser utilizado exclusivamente para diluir sua participação societária.

Frise-se que tal medida poderá ser contestada no Judiciário por retratar violação ao dever societário de lealdade, contudo, para garantir a segurança jurídica necessária à proteção de seu investimento, é mais interessante a própria regulamentação da matéria no contrato social ou em pacto parassocial firmado por todos os sócios.

3.2.2. Integralização do capital social com bens.

Subscritas as quotas da sociedade, nasce o dever de integralização do capital social, que pode ocorrer por qualquer bem que possa ser avaliado em dinheiro²⁶.

Cumprido destacar que a integralização do capital social por qualquer bem avaliado em dinheiro pode ser prejudicial, principalmente porque abre espaço para a integralização do capital social com bens que não tenham qualquer relação com o objeto social perseguido.

Não pode o minoritário, por exemplo, aceitar que determinado sócio integralize sua participação societária em uma sociedade cujo objeto seja a venda de cosméticos com uma lancha. Na constituição da sociedade, isso deve ser recusado a qualquer custo. Por outro lado, sendo a integralização realizada em razão de aportes de novos recursos da sociedade, não se vê problema *prima facie*, porquanto os bens podem ser convertidos, posteriormente, em pecúnia.

Ademais, apesar de o CC não obrigar a apresentação de laudo de avaliação dos bens integralizados ao capital social, como faz a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976, art. 8º), todos os sócios respondem solidariamente pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social (CC, art. 1.055, §1º). Em razão disso, deve o sócio minoritário exigir laudo de avaliação dos bens que estão sendo integralizados na sociedade para evitar surpresas futuras. Merece destaque que tal diligência não exonerará sua responsabilidade, entretanto, mitigará riscos²⁷.

26 JORGE, Tarsis Namatela Sarlo, op. cit., p. 204-205.

27 Vide Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “Essa avaliação exonera de responsabilidade os sócios, mesmo quando atribuir ao bem valor inferior ao de mercado? Parece-me que a resposta há de ser negativa, visto que a norma do art. 1.055, §1º não comporta exceção. Ficando manifestamente provado que tal fato efetivamente se verificou, os sócios, ainda assim, respondem

3.3. Administração da sociedade.

Na sociedade limitada, a administração se dá por uma ou mais pessoas naturais²⁸ designadas no contrato social ou em ato separado (CC, art. 1.060).

Quando o administrador for nomeado em ato separado, este deverá conter seus poderes e atribuições, e sua investidura no cargo se dará mediante termo de posse no livro de atas da administração (CC, art. 1.062).

A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade (CC, art. 1.060, parágrafo único), quer dizer, os novos sócios somente adquirirão poderes de administração caso haja outorga específica nesse sentido.

No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade (CC, art. 1.015). Por isso é importante para o minoritário limitar os poderes da administração, evitando a oneração da sociedade empresária em determinados negócios custoso. Essa limitação pode se dar, por exemplo, no próprio contrato social, prevendo-se que o administrador somente poderá prestar fiança, aval ou onerar a sociedade em determinados negócios jurídicos com a assinatura de mais de um sócio.

Tal cláusula é importante e cumpre o disposto no inciso I do art. 1.015 do CC, segundo o qual o excesso por parte dos administra-

solidariamente pela diferença, sem embargo do direito de se voltarem regressivamente contra o avaliador que, de má-fé, tenha concorrido para sua avaliação". (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, op. cit., p. 398).

28 . Por todos, cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. XIII, p. 68. Por outro lado, Tavares Borba entende que: "Esses administradores poderão ser pessoas naturais ou pessoas jurídicas, uma vez que, onde o legislador não distinguiu (art. 1.060, que se refere a 'uma ou mais pessoas', indistintamente), não cabe ao intérprete distinguir" (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 125).

dores pode ser oposto a terceiros se a limitação de poderes estiver inscrita no registro da sociedade.

Por outro lado, as limitações do poder dos administradores devem ser analisadas com cautela, pois a depender do porte da sociedade, podem trazer prejuízos à sociedade empresária por criar diversos embaraços à atividade negocial.

No mais, a despeito da previsão expressa no CC da teoria dos atos *ultra vires*, cumpre destacar que sua aplicação pode ser mitigada em razão da Teoria da Aparência, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber:

[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça tem mitigado os rigores da teoria da *ultra vires*, mesmo após a edição do novo Código Civil, dando prevalência à boa-fé de terceiro, mormente nos casos em que a obrigação guarda relação com o objeto social e não se nega a prestação do serviço em benefício da sociedade contratante [...]²⁹.

Desta forma, considerando os possíveis estorvos à sociedade empresária e a possibilidade de responsabilização da sociedade a despeito do previsto no art. 1.015 do CC, sugere-se, além da limitação dos poderes da administração em acordo de quotistas ou contrato social, a exigência de caução, a qual somente poderá ser levantada após a aprovação das contas da administração ou, de forma mais rigorosa, depois de ultrapassado o prazo prescricional de responsabilização civil.

3.4. Participação nos resultados sociais.

Como visto, todos os sócios têm direito a participar dos resultados sociais. Por isso, o diploma cível é expresso ao vedar a estipu-

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 161.495/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva. Data de Julgamento: 17 dez. 2013. Data de Publicação: 12 fev. 2014.

lação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros (CC, art. 1008). Contudo, a legislação também permite a distribuição dos lucros de modo desproporcional em relação às quotas (CC, art. 1.007).

E isso deve ser atentamente observado pelo minoritário. Havendo cláusula nesse sentido, o minoritário só deve aceita-la caso esteja prevista a necessidade de aprovação de todos os sócios para que os lucros sejam distribuídos desproporcionalmente.

Ademais, outro tema importante consiste na possibilidade de retenção dos lucros da sociedade quando inexistir cláusula contratual prevendo sua destinação. Explica-se.

Fábio Ulhoa Coelho explica que, estando a sociedade limitada regida supletivamente pela Lei nº 6.404/1976, haverá distribuição mínima de dividendos em razão da aplicação do art. 202 da Lei nº 6.404/1976. Por outro lado, não adotada a regência supletiva, poderão os sócios – mais precisamente, a maioria – deliberar pela retenção dos lucros³⁰.

30 “Os sócios minoritários devem estar atentos, ao firmarem o contrato social, para que a redação da cláusula sobre a destinação do resultado não acabe frustrando suas expectativas. Explico-me: se o contrato social não eleger a LSA como diploma de regência supletiva e contiver algo como ‘ao término do exercício social, serão levantados os demonstrativos obrigatórios pela lei, cabendo aos sócios deliberar a destinação do resultado’, essa fórmula aparentemente inócua esconde um dos mecanismos de maior lesividade aos interesses da minoria. De fato, se a negociação resulta em texto que atribui, genericamente, aos sócios a deliberação acerca da destinação do resultado, irá prevalecer, sempre, a vontade da maioria societária. Enquanto o titular ou titulares de mais da metade do capital social considerarem conveniente à sociedade a retenção dos lucros, nenhum percentual destes será repartido entre os sócios. Como não existe, no Código Civil, seja no Capítulo relacionado À sociedade limitada, seja no pertinente à sociedade civil, nenhuma disposição sobre destinação de resultados, e, à falta de expressa previsão no contrato social atinente à aplicação subsidiária da LSA, é na disciplina da sociedade simples que se encontrarão as normas de regência supletiva, segue-se que a vontade do sócio majoritário é livre para deliberar a retenção da totalidade dos lucros, lesando os interesses básicos dos minoritários” (COELHO, *Os sócios na sociedade limitada*, op. cit., p. 164).

3.5. Direito de fiscalização.

A todos os sócios é garantido o direito de fiscalizar o andamento dos negócios sociais, mediante a fiscalização de livros, balanços, contas dos administradores e demais documentos da sociedade (CC, arts. 1.020 e 1.021). Sobre o tema, cumpre destacar o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão nos autos do recurso especial nº 1.223.733/RJ: “[...] um dos principais instrumentos para manter a harmonia na relação societária, reforçando a confiança existente, é o direito de acesso aos documentos da sociedade, com vistas a verificar a regularidade na condução da empresa a fim de cumprir o seu objeto social”³¹.

O direito de fiscalização não regulado no contrato social permite seu exercício de forma livre e atemporal (CC, art. 1.021). Além disso, o direito de fiscalização é garantido ao sócio de sociedade controladora para apurar os negócios sociais das sociedades controladas.

Diante disso, o direito de fiscalização é de suma importância para o sócio minoritário. Assim, a primeira questão a ser lembrada é simples: o minoritário não deve ingressar em sociedade limitada cujo contrato social preveja cláusula limitando a extensão, modo ou tempo de exercício do direito de fiscalização. Salvo, obviamente, se o porte da sociedade assim o exigir, isto é, quando o acesso aos documentos fora de determinadas épocas cria estorvos à atividade empresarial.

A propósito, Fábio Ulhoa Coelho alerta que o acesso aos livros da sociedade e às demonstrações contábeis, previstos nos arts. 1.020 e 1.021 do CC, nem sempre são suficientes para controlar a “[...] economicidade e regularidade dos atos praticados na gerência da sociedade”³².

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.223.733/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 07 abr. 2011. Data de Publicação: 04 maio 2011.

Em razão disso, o autor sustenta que “O sócio minoritário, portanto, deve assegurar, por via contratual, que lhe seja enviada, todo mês, cópia do extrato bancário das contas de depósito em nome da sociedade, dos contratos [...]” e os demais documentos referentes aos negócios sociais³³. Trata-se, portanto, de importante instrumento a ser adotado pelo minoritário.

Por fim, cumpre destacar que a adoção de conselho fiscal é importante, principalmente pela possibilidade da nomeação de um dos conselheiros pela minoria detentora de um quinto do capital social (CC, art. 1.066, §2º). Ocorre que, como órgão social, o conselho fiscal traz custos. Por isso, indica-se sua instalação apenas nas sociedades capazes de suportá-lo.

Cumpre destacar que o conselho fiscal atua, por exemplo, examinando os livros, papéis, balanços patrimoniais, demonstrativos econômicos, negócios e operações realizadas pela sociedade empresária (CC, art. 1.069, I e III).

3.6. Resolução da sociedade em relação ao sócio.

3.6.1. Exclusão extrajudicial do sócio minoritário.

O CC prevê que quando a maioria dos sócios, titular de mais da metade do capital social, entender que um dos sócios está pondo em risco a continuidade da sociedade, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-lo da sociedade, quando prevista esta hipótese de exclusão no contrato (CC, art. 1.085).

Essa deliberação deverá ser tomada em assembleia ou reunião especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo

32 COELHO, *Curso de direito comercial*, op. cit., p. 355.

33 *Ibidem*, p. 355.

hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa (CC, art. 1.085, parágrafo único).

Essa necessidade de ciência ao acusado em tempo hábil a que se refere o dispositivo supramencionado deve “[...] dar a conhecer ao sócio minoritário a acusação que pesa sobre si e dar-lhe oportunidade para defender-se”³⁴. Assim, a inexistência de indicação expressa da falta grave imputada ao sócio minoritário importa na nulidade do conclave, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação. Sociedade limitada. Ação declaratória de nulidade. Exclusão de sócia minoritária. Vício formal na convocação. Ocorrência. Ausência de indicação expressa da falta grave imputada pela sócia majoritária. Art. 1.085, parágrafo único, do CC. [...]³⁵.

Demais disso, cumpre destacar que Gladston Mamede sustenta que a decisão que deliberar pela exclusão extrajudicial do sócio minoritário deve ser fundamentada. Isto porque: “A fundamentação é indispensável para demonstrar que se atendeu à licença legal, devendo responder às teses arguidas pelo minoritário, no exercício do seu direito de defesa”³⁶.

Com entendimento contrário, Modesto Carvalhosa define que “O que ocorre na exclusão extrajudicial é a mera deliberação majoritária. No caso os sócios não se convertem em juízes do sócio a se excluir”³⁷, i.e., “[...] a assembleia ou a reunião de sócios que delibera sobre a exclusão de um deles não constitui de maneira alguma um órgão julgador da conduta do sócio a ser excluído”³⁸.

34 MAMEDE, op. cit., p. 248.

35 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1002030-94.2014.8.26.0100. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Desembargador Hamid Bdine. Data de Julgamento: 29 mar. 2017. Data de Publicação: 4 abr. 2017.

36 MAMEDE, op. cit., p. 248.

37 CARVALHOSA, op. cit., p. 317.

De qualquer sorte, a fim de dirimir quaisquer dúvidas e evitar problemas futuros, sugere-se que o minoritário condicione seu ingresso na sociedade à omissão, no contrato social, de cláusula prevendo a possibilidade de exclusão extrajudicial de sócio. E, não sendo isso possível, que preveja detalhado procedimento de exclusão, garantindo-se o efetivo atendimento ao seu direito de defesa e contraditório.

3.6.2. Direito de retirada.

Exerce o direito de retirada o sócio que, voluntariamente, retira-se da sociedade com base na lei ou no contrato social e, ato contínuo, recebe o valor correspondente à liquidação de sua quota³⁹.

Dentro do capítulo direcionado à sociedade limitada, o legislador civil previu o direito de retirada do sócio nas hipóteses de modificação do contrato, fusão, incorporação ou cisão de sociedade (CC, art. 1.077).

A grande questão envolvendo o direito de recesso é se na sociedade limitada empresária o exercício do direito de retirada está limitado às hipóteses do art. 1.077 do CC. Segundo Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Allan Nascimento Turano, em aprofundado estudo sobre o tema, encontraram três correntes:

[...] (I) a que reconhece a aplicação concorrente dos arts. 1.029 e 1.077; (II) a que defende que a regulação legal do direito de retirada varia conforme a regência adotada pela sociedade limitada; e (III) a que restringe o recesso aos termos do art. 1.077⁴⁰.

38 Ibidem, p. 317.

39 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. *Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio e a ação de dissolução parcial*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 52-53.

40 ALVES; TURANO, op. cit., p. 55-59.

A primeira corrente assegura que o sócio pode se retirar nas hipóteses previstas no art. 1.029 (regra da sociedade simples) e no art. 1.077 (regra da sociedade limitada)⁴¹. Portanto, para este entendimento, também seria permitido que o sócio se retirasse na sociedade limitada, se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios; e, se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Para alguns de seus defensores⁴², tal corrente constitui interpretação conforme a Constituição Federal (“CF”), a qual assegura o direito fundamental de não permanecer associado (CF, art. 5º, XX). Note-se que o termo “associação” empregado na CF “[...] tem sentido amplo, nele se incluindo as modalidades diversas das pessoas jurídicas conhecidas do direito civil, bem como outros grupamentos desvestidos de personalidade jurídica”⁴³.

Nesse sentido, já decidiram o Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, respectivamente:

[...] Art. 1.029 do Código Civil permite de modo abrangente o direito de retirada nas sociedades simples, bastando para tanto a vontade do sócio – Dispositivo legal que também se aplica às sociedades limitadas, consoante a doutrina e jurisprudência predominantes – Distribuição da sucumbência mantida – Recurso provido⁴⁴.

* * *

[...] A DISSOLUÇÃO TOTAL DA SOCIEDADE PODE SER REQUERIDA, PELOS SÓCIOS REMANESCENTES, EM RECONVENÇÃO. PERDA DA AF-

41 CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 220-223.

42 ALVES; TURANO, op. cit., p. 56.

43 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 305.

44 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 4006522-64.2013.8.26.0019. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Francisco Loureiro. Data de Julgamento: 1º ago. 2016. Data de Publicação: 02 ago. 2016.

FFECTIO SOCIETATIS, ENSEJANDO A RETIRADA DO SÓCIO, NA FORMA DO ART. 1.029 DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTIDO NO ART. 5º, INCISO XX DA C.F. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECESSO, O QUAL NÃO PODERÁ SER RESTRINGIDO ÀS HIPÓTESES DO ART. 1.077 DO CÓDIGO CIVIL [...]»⁴⁵.

A segunda corrente leva em consideração a regência supletiva da sociedade. Caso a sociedade seja regida supletivamente pela Lei nº 6.404/1976, admite-se o direito de retirada por ato unilateral apenas nos casos previstos no art. 1.077 do CC. Não adotada a regência supletiva, tem-se duas situações: (i) no caso de sociedade contratada por prazo indeterminado, o sócio poderá retirar-se a qualquer tempo, nos termos do art. 1.029 do CC; e (ii) no caso de sociedade contratada por prazo determinado, o sócio somente poderá retirar-se por ato unilateral nas hipóteses previstas no art. 1.077 do CC⁴⁶.

Há precedente nesse sentido do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça de São Paulo, respectivamente:

[...] 1) Ao eleger a regência supletiva pelas normas da sociedade anônima (art. 1.053 do Código Civil), o contrato social restringiu às hipóteses de direito de retirada àquelas previstas no art. 1.077 do Código Civil (modificação do contrato social, fusão ou incorporação), inserto no capítulo que trata da sociedade limitada. 2) O motivo invocado pela apelante (quebra da affectio societatis) não se enquadra em quaisquer das hipóteses de direito de retirada previstas no art. 1.077 do Código Civil, de modo que as únicas vias possíveis para obter o seu desligamento do quadro societário seriam a alienação da participação societária ou a dissolução parcial, sendo esta última a eleita pela apelante. [...]»⁴⁷.

45 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0310531-50.2012.8.19.0001. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza. Data de Julgamento: 16 dez. 2014. Data de Publicação: 18 dez. 2014.

46 COELHO, *Curso de direito comercial*, op. cit., p. 176-177.

47 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0128904-

* * *

[...] O Código Civil é omissivo no capítulo relativo às Sociedades Limitadas, sobre o direito de retirada imotivada, de modo que, nos termos do art. 1.053, § único, a sociedade pode ser regida tanto pelas regras da Sociedade Simples, quanto pelas regras que disciplinam as sociedades anônimas (Lei 6.404/76). O que determina a sujeição a um ou outro regime de regência supletiva é o contrato social que, in casu, elegeu a regência supletiva da Lei das S.A., razão pela qual é inaplicável o art. 1.029 do Código Civil, não tendo a notificação efetuada pelo apelado operado, portanto, os efeitos da exclusão, donde exsurge o interesse jurídico da apelante em promover a exclusão do apelado, com base no art. 1.085 do Código Civil, respeitado, porém, o direito de defesa, inobservado com relação à assembleia de 14/10/10, cuja convocação é nula. [...]⁴⁸.

Por fim, a terceira corrente restringe o direito de retirada aos casos previstos no art. 1.077 do CC, não importando a regência supletiva da sociedade. Segundo Tavares Borba, “[...] o disposto no art. 1.029 (direito de retirada – sociedade simples) não se aplica subsidiariamente à sociedade limitada, a qual, nessa matéria, encontra-se regida por norma própria (art. 1.077)”⁴⁹. E complementa:

Se a sociedade limitada conta com normas próprias sobre direito de recesso, afugura-se [sic] evidente que as normas sobre direito de retirada, que se destinam à sociedade simples, não lhe são aplicáveis. A legislação subsidiária somente se aplica na omissão da legislação específica⁵⁰.

16.2012.8.19.0001. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Data de Julgamento: 07 out. 2014. Data de Publicação: 09 out. 2014.

48 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0019809-31.2010.8.26.0032. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Alexandre Coelho. Data de Julgamento: 29 out. 2015. Data de Publicação: 06 nov. 2015.

49 BORBA, op. cit., p. 149.

50 Ibidem, p. 149.

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes sustentam que:

[...] por se caracterizar pela relativa liberdade no que tange à cessão de quota (v. comentários ao art. 1.057) e pela responsabilidade dos sócios limitada a, no máximo, o valor do capital social não integralizado (v. comentários ao art. 1.052), o direito de retirada não se afigura amplo, como nas sociedades simples, ou restrito a determinadas hipóteses, como nas sociedades por ação. Assim, permite o artigo em análise que exerçam os sócios direito de retirada nos casos de modificação contratual, fusão ou incorporação de que dissintam, não havendo motivos para invocar a aplicação subsidiária do art. 1.029⁵¹.

Diante desse dissenso doutrinário e jurisprudencial, sugere-se a inclusão, no próprio contrato social, de cláusula prevendo a possibilidade do exercício do direito de retirada por ato unilateral a qualquer tempo.

Demais disso, deve o sócio minoritário atentar-se, ainda, quanto ao método de apuração de haveres, bem como à forma e o prazo de pagamento de sua participação societária previstos no contrato social.

É dizer, o minoritário deve sempre negociar a previsão no contrato social do método de apuração dos haveres com maior possibilidade de representar a real condição patrimonial da sociedade, bem como negociar a forma de pagamento preferencialmente em dinheiro, a ser corrigido monetariamente por índice praticado no mercado (evitando-se, por exemplo, a taxa referencial) e em quantidade de parcelas que não torne o recebimento de seu investimento eterno.

51 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. III, p. 240.

3.6.3. Sucessão por morte.

No silêncio do contrato social, as quotas do sócio que vier a falecer serão liquidadas. Tal regra não se aplicará se (i) o contrato dispuser de forma diversa; (ii) os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; ou (iii) por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido (CC, art. 1.028, I, II e III).

A sucessão por morte traz graves problemas. Se liquidadas as quotas do sócio majoritário, a sociedade se descapitaliza e a manutenção de sua atividade torna-se inviável. Isto é, há evidente afronta à preservação da empresa e à função social por ela exercida.

Se sucedido o sócio majoritário pelo herdeiro, tem-se o risco de que o sucessor seja estranho à atividade da sociedade empresária.

Assim, de forma a evitar ao máximo a descapitalização, sugere-se a previsão no contrato social de cláusula regulando o pagamento dos haveres aos sucessores dos sócios majoritários de forma parcelada e preferencialmente a longo prazo, bem como a possibilidade de o pagamento dos haveres dar-se em bens não essenciais à atividade empresária.

Quanto ao ingresso de herdeiros na coletividade social, importa destacar que, sendo herdeiro estranho aos negócios sociais, mostra-se pertinente a previsão contratual impondo a observância de voto por cabeça para nomeação do novo administrador, ou que, no caso de falecimento do sócio majoritário, seja determinada a nomeação de administrador estranho ao capital social em comum acordo entre os sócios, de modo a facilitar o período de transição.

3.7. Deliberações sociais.

Como é cediço, os sócios decidem sobre as diretrizes dos negócios da sociedade por meio das deliberações sociais. Os atos de

administração em geral, por outro lado, competem aos administradores escolhidos pela sociedade⁵².

As deliberações da sociedade limitada seguem o princípio majoritário, segundo o qual a tomada de decisões da pessoa jurídica se dá por maioria de votos. As deliberações tomadas em conformidade com a lei e com o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes (CC, art. 1072, §5º).

Grande dúvida reside na possibilidade de se alterar os quóruns previstos no CC. Em síntese, tem-se três correntes sobre o tema, senão, vejamos.

A primeira define que “[...] é lícito estipular, no contrato social, percentual específico para as deliberações sociais, inclusive submeter todas à necessidade de voto unânime ou, em oposição, à maioria absoluta (50% + 1)”⁵³. Isto é, segundo esse entendimento, os sócios podem estipular quóruns menos ou mais rigorosos do que aqueles previstos na lei. Nesse sentido, há entendimento jurisprudencial reconhecendo a possibilidade de previsão no contrato social de quórum menos rigoroso. Vejamos:

[...] 1. As cláusulas do contrato social de sociedade por responsabilidade limitada podem ser alteradas a qualquer tempo, desde que observadas as formalidades e o quórum mínimo exigidos pela lei. Consoante previsto no art. 1076, inciso I, do CCB, as alterações do contrato social dependem da aprovação de sócios que representem, no mínimo, três quartos do capital social, salvo disposição específica, em sentido diverso, no próprio contrato social [...] 3. Se uma das sete pessoas jurídicas integrantes do conglomerado de sociedades limitadas teve seu contrato social alterado por aprovação de sócios que representavam menos de três quartos do capital social, e se não havia norma no respectivo contrato estipulando quórum menos ri-

52 NEGRÃO, op. cit., p. 369.

53 MAMEDE; MAMEDE, op. cit., p. 192.

goroso, há que se reconhecer a ilicitude da modificação.⁵⁴

Em posição intermediária, Tavares Borba sustenta que o contrato social só pode aumentar o quórum para deliberações, sob o fundamento de que o CC já se encarregou de prever o mínimo de votos favoráveis necessários⁵⁵. A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo possui entendimento no sentido de que as disposições do contrato social podem exigir quórum mais elevado:

Nesse sentido, caso as disposições do contrato social não determinem a exigência de quórum mais elevado, a alteração de suas cláusulas é condicionada à aprovação de do capital social. A possibilidade de alteração das cláusulas do contrato social, aliás, atende às necessidades das próprias sociedades na persecução de suas atividades econômicas e, portanto, deve ser assegurada, garantindo-se, entretanto, os interesses minoritários pela votação de maioria qualificado ou, ainda, pela prerrogativa do minoritário ressaltar-se no momento de assinatura do contrato social exigindo votação superior⁵⁶.

Por outro lado, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que o quórum das deliberações sociais pode ser negociado tão somente em dois casos: (i) no caso de destituição de sócio administrador (CC, art. 1.063, §1º); e (ii) no caso de matéria cuja aprovação dependa da maioria de votos dos sócios presentes no conclave (CC, art. 1.076, III)⁵⁷. Em razão disso, o autor afirma que, caso os sócios queiram negociar o au-

54 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação nº 2011.0111119-714. Quarta Turma Cível. Relator: Des. Arnaldo Camanho de Assis. Data de Julgamento: 14 nov. 2013. Data de Publicação: 29 nov. 2013.

55 BORBA, op. cit., p. 143, nota 30.

56 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9219661-47.2008.8.26.0000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Christine Santini. Data de Julgamento: 4 jun. 2013. Data de Publicação: 12 jun. 2013.

57 COELHO, *Curso de direito comercial*, op. cit., p. 416.

mento do quórum de determinadas deliberações, deverão fazê-lo em acordo de sócios:

Para as demais deliberações, os sócios que quisessem negociar o aumento do *quórum* da lei devem valer-se de mecanismo um tanto mais sofisticado: o contrato social pode obrigar, por exemplo, a observância dos termos e condições pactuados em acordo de quotista, no qual seja estruturado processo decisório que impeça qualquer deliberação relevante ou mesmo alteração do contrato social sem a concordância de todos os sócios (a chamada “cláusula unanimidade”)⁵⁸.

Veremos os instrumentos para proteção da minoria nas deliberações sociais a seguir.

3.7.1. Quórum, forma e convocação.

O primeiro passo para assegurar a participação do minoritário nas deliberações sociais e, por consequência, limitar o poder da maioria, consiste em prever, no contrato social (ou, considerando as divergências pontuadas acima, em acordo de sócios do qual todos os sócios façam parte), cláusula de unanimidade. Com ela, pode-se prever que todas as deliberações somente serão tomadas somente caso aprovadas por todos os sócios, ou pode-se limitar a unanimidade apenas às questões mais importantes, como a alteração do contrato social.

Entretanto, apesar do aumento do quórum ser uma ótima opção para possibilitar a participação do minoritário nos desígnios sociais, negociá-lo com os demais sócios é praticamente impossível. Em primeiro lugar, pois o majoritário não abrirá mão de sua posição vantajosa facilmente. Em segundo lugar, pois a unanimidade pode gerar o problema da sociedade “burra”. Isto é, sem consenso, paralisa-se a

⁵⁸ Ibidem, p. 416.

atividade empresária. Essa paralisação não é do interesse da maioria, e também não deveria ser da minoria, uma vez que ambos buscam o lucro.

O segundo ponto a ser analisado, também de suma importância, consiste na escolha da forma de convocação dos conclaves. Não havendo previsão específica no contrato sobre a forma de convocação, será aplicada a solenidade de publicação do ato convocatório no Diário Oficial do Estado ou da União e em jornal de grande circulação (CC, art. 1.152, §1º). Apesar de essa ter sido a escolha do legislador, não nos parece a melhor opção.

Em primeiro lugar, pois pode ser custosa. Em segundo lugar, pois são raros os sócios que acompanham as publicações no Diário Oficial ou nos jornais de grande circulação. E, mais importante, o conceito de jornal de grande circulação é impreciso, o que não traz a segurança jurídica necessária ao sócio minoritário quanto à possibilidade de anulação da assembleia ou reunião convocada em jornal de pouca tiragem. A título de exemplo, Alfredo de Assis Gonçalves Neto prescreve que jornal de grande circulação representa “[...] aquele de edição regular, de preferência diária, do Município ou da região onde se encontra a sede da empresa individual ou da sociedade a que se refira a publicação”⁵⁹.

Isto é, a grande circulação não advém do “[...] número de exemplares de tiragem diária, mas pela frequência e regularidade da edição que, evidentemente, já está a supor uma boa circulação capaz de permitir adequada veiculação para conhecimento dos interessados”⁶⁰. Nas grandes capitais, centenas de jornais se inserem nessas características. Será que nesse caso o sócio minoritário terá ciência das deliberações sociais? Certamente não.

Frise-se que, como as microempresas e as empresas de pe-

59 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 717.

60 Ibidem, p. 717.

queno porte são desobrigadas de realizar de reuniões ou assembleias mediante sua substituição por deliberação representativa do primeiro número superior à metade do capital social (Lei Complementar nº 123/2011, art. 70), é crucial que o minoritário preveja contratualmente a necessidade de reunião ou assembleia na tomada de qualquer deliberação para evitar decisões surpresas.

Desta forma, sendo o caso de sociedade com menos de 10 (dez) sócios, i.e., que admite a realização de reuniões (CC, art. 1.072, §1º), sugere-se a previsão no contrato social de regra de convocação dos sócios mediante notificação pessoal com efetiva possibilidade de dar-lhes ciência do conclave. Assim, pode-se adotar, por exemplo, a notificação por telegrama com aviso de recebimento, ligação telefônica, *fax*, *sms*, dentre outros.

3.7.2. Deliberações de competência contratual.

Além das matérias que podem ser objeto de deliberação previstas no CC, podem os sócios indicar outras matérias para serem objeto de deliberação no contrato social ou em pacto parassocial. São as chamadas “deliberações de competência contratual”⁶¹.

São matérias que, apesar de não se encontrarem previstas no Código Civil, são demasiadamente relevantes para os negócios sociais, o que faz com que a tomada de decisão pelos administradores seja previamente aprovada pelos sócios. Nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto prescreve que “o contrato social [...] tanto pode atribuir competência à assembleia geral dos sócios como a um colegiado composto pelos administradores da sociedade, como, ainda, delega-la a outro órgão, com ou sem designação específica”⁶².

61 *Ibidem*, p. 444.

62 *Idem*, p. 444.

Trata-se, aqui, de ótimo exemplo do exercício da liberdade de contratar dos sócios na definição de quais matérias deverão ser decididas em conclave antes de serem executadas.

3.7.3. Acordo de voto.

Constitui acordo de voto a obrigação firmada entre os contratantes que se obrigam a comparecer aos conclaves e neles votar conforme estabelecido no acordo ou em prévia reunião⁶³.

Tratando-se de sociedade limitada regida supletivamente pela Lei nº 6.404/1976, no caso de acordo de voto firmado por todos os quotistas, ou estando o pacto parassocial arquivado na sede social (Lei nº 6.404/1976, art. 118, *caput*), eventual voto proferido com infração ao acordo de quotistas será declarado ineficaz (Lei nº 6.404/1976, art. 118, §8º) e, caso determinado sócio não compareça ao conclave, ou venha a se abster de votar, poderá o quotista prejudicado votar com as quotas pertencentes ao sócio ausente ou omissor (Lei nº 6.404/1976, art. 118, §9º).

Portanto, o acordo de voto cuida de importante instrumento para agrupar os votos da minoria e, por consequência, fazer frente à maioria. Enquanto separados, os minoritários não têm poder de influenciar nas deliberações sociais. Por outro lado, somando seus votos, sua participação pode se tornar expressiva.

3.7.4. Manual de Participação (*Proxy statement*).

Segundo Gladston e Eduarda Mamede, a adoção do manual de participação (*Proxy Statement*) origina-se da prática empresarial norte-americana e estimula a boa convivência entre os sócios. Afirma-

63 VON ADAMEK, op. cit., p. 412.

se que os manuais de participação são apresentados em duas versões⁶⁴.

A primeira versão define os manuais de participação como um regimento interno para realização dos conclaves. A segunda versão os apresenta na forma de relatório escrito, enviado aos sócios antes dos conclaves e contendo as informações sobre as matérias previstas na ordem do dia, a fim de auxiliar na tomada de decisão⁶⁵.

Ambos demonstram, *primo icto oculi*, a sua importância para uma efetiva governança corporativa. Em primeiro lugar, a criação de um regimento interno coíbe distúrbios, algazarras ou quebras de protocolo pelos sócios. E, havendo quebra, facilita a ação de responsabilização. Em segundo lugar, o envio de relatórios sobre as matérias que serão deliberadas no dia concretiza o direito à informação, possibilitando a fiscalização dos negócios sociais.

4. Conclusão.

Historicamente, a sociedade limitada surgiu da necessidade de um regramento menos complexo em relação à sociedade anônima que, simultaneamente, fosse capaz de limitar a responsabilidade dos sócios ao capital investido, de modo que eventuais insucessos empresariais não afetassem o patrimônio pessoal dos investidores⁶⁶.

Em razão dessas características, a sociedade limitada é a principal escolha dos investidores. Ocorre que, a preocupação com a pro-

64 MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Entenda a sociedade limitada e enriqueça com seu(s) sócio(s): um manual para sócios, administradores e, até, para advogados auxiliarem o sucesso de seus clientes*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

65 *Ibidem*, p. 82.

66 Vide, dentre outros, SOUSA, Marcos Andrey de. Sociedade limitada: considerações gerais. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2015, v. II, p. 78-81.

teção do investimento, além de se relacionar com os fatores externos que justificam a responsabilidade limitada, também atinge a relação entre os sócios. Afinal, não raro a maioria aproveita-se da possibilidade de decidir tudo unilateralmente e desvia parcela significativa do patrimônio social, ou, embebada pela possibilidade de ditar todos os rumos da sociedade, leva a sociedade à bancarrota.

Diante disso, e considerando as boas práticas de governança corporativa, é de crucial importância a adoção de instrumentos de horizontalização da relação entre os sócios, permitindo ao minoritário a efetiva participação nos negócios sociais e o exercício dos direitos inerentes à condição de sócio (retirada, fiscalização, dentre outros).

Para tanto, no primeiro capítulo, viu-se a natureza jurídica, eficácia e limites legais do contrato social e dos pactos parassociais, bem como a necessária distinção entre sócio majoritário, minoritário e poder de controle.

Em seguida, o artigo adentrou nos instrumentos de proteção do minoritário referentes às seguintes matérias: deliberações sociais, direito à fiscalização, resolução da sociedade em relação ao sócio, cessão de quotas, direito a participação nos lucros, capital social e administração da sociedade.

Pelo exposto, foi possível observar as possibilidades de definição da arquitetura societária de forma a atingir a horizontalização da relação entre os sócios, sugerindo-se opções contratuais que permitam a harmonização dos seus interesses.

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUAS
MODALIDADES NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: A BUSCA PELA
*WORKABLE COMPETITION*¹**

**COMPETITION DEFENSE AND ITS MODALITIES IN THE
CONTEMPORARY BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE SEARCH
FOR THE WORKABLE COMPETITION**

*Jakson Lima Rocha
Renata Albuquerque Lima
Átila de Alencar Araripe Magalhães*

Resumo: Os estudos econômicos sempre tiveram particular importância para os pesquisadores da área jurídica, os quais tiveram e ainda têm que aprender a lidar com as diversas normas estatais que disciplinam a economia no país. Nas últimas décadas, todavia, o Direito Econômico alcançou ainda mais elevada atenção devido aos avanços na sociedade brasileira. Desse modo, é necessário que maiores considerações sejam realizadas com o intuito de melhor averiguar essa situação. Nesse diapasão, o presente trabalho busca realizar uma análise das abordagens constitucional e infraconstitucional da defesa da concorrência no sistema jurídico brasileiro, além de explicar as concepções ou modalidades de concorrência na economia, em especial a relevância da concorrência praticável ou *workable competition*. Vale ressaltar, ainda, que a investigação é teórico-bibliográfica e do-

1 Artigo recebido em 03.05.2018 e aceito em 14.11.2018.

cumental, com base nos estudos e normas relacionados ao tema. Por outro lado, quanto ao ponto de vista da abordagem do caso, trata-se de pesquisa qualitativa, que examina o *milieu* social e os fatos que nele ocorrem.

Palavras-chave: Concorrência. Modalidades. Legislação. Economia. Concorrência Praticável.

Abstract: Economic studies have always been of particular importance to law researchers, who have had and still have to learn how to deal with various state norms that discipline the economy in the country. In the last decades, however, Economic Law has received even greater attention due to advances in Brazilian society. This way, it is necessary that more considerations be made in order to better investigate this situation. In this context, the present work seeks to perform an analysis of the constitutional and infra-constitutional approaches of competition defense in Brazilian legal system, besides explaining the conceptions or modalities of competition in the economy, especially the relevance of the feasible or workable competition. It is also worth mentioning that the research is theoretical-bibliographical and documentary, based on studies and norms related to the theme. On the other hand, as far as the approach of the case is concerned, it is a qualitative research, which examines the social milieu and the facts that occur in it.

Keywords: Competition. Modalities. Legislation. Economy. Workable Competition.

Sumário: Introdução. 1. A defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. 1.1. Abordagem constitucional. 1.2. Abordagem infraconstitucional. 2. Modalidades de concorrência. 2.1. Concorrência perfeita. 2.2. Concorrência imperfeita. 2.3. Concorrência praticável ou *workable competition*. 3. Análise de um caso concreto. Conclusão.

Introdução.

A defesa da concorrência é um dos aspectos econômicos mais importantes quando do estudo acerca do tratamento jurídico concedido aos agentes que disputam no mercado. Com base nisso, é imperioso observar, inicialmente, o teor das disposições constitucionais, visto que é do Texto Maior que provêm todas as normas essenciais ao bom funcionamento do Estado. Além disso, um arcabouço infraconstitucional mostra-se necessário para detalhar e viabilizar a colocação das leis na prática, bem como a fiscalização desses postulados.

Assim, far-se-á uma investigação onde será analisado o contexto moderno nacional, com as variadas situações e condições, em meio a uma sociedade que se amplia e a cada dia se depara com novas técnicas e influências advindas do processo de globalização, acentuando-se na expansão de empresas até mesmo entre continentes.

Dessa forma, deve-se haver uma maior cautela no que diz respeito à fiscalização e suporte legais, por meio das normas editadas pelo Poder Legislativo, com vistas a inovar o conjunto normativo que regula a defesa da concorrência. Tal operação, portanto, deve ser feita de maneira eficaz, visando à colocação na prática dessas leis, de um modo que os resultados sejam evidentes para os agentes econômicos.

A argumentação é baseada nas normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos estudos desenvolvidos pelos pesquisadores dessa área que se desenvolve constantemente, exigindo elevado grau de observação por parte da doutrina e órgãos responsáveis pela consecução das normas de defesa da concorrência e apreciação das práticas empresariais que afetam economia em seus diversos setores e especificidades.

Através disso, verifica-se ainda a importância de tratar das finalidades que justificam a proteção constitucional e infraconstitucio-

nal da livre concorrência e da liberdade de iniciativa, pois tais objetivos envolvem valores de natureza pública e essenciais à manutenção da ordem e segurança jurídica na sociedade, motivos que fundamentam tamanho resguardo no ordenamento jurídico.

Dá-se particular relevância à concorrência praticável, ou *workable competition*, como será visto no decorrer do estudo das concepções de concorrência, uma vez que esta modalidade atualiza as tradicionais concepções das estruturas de mercado, modificando a maneira com a qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Cade, tem realizado suas apreciações, em especial nos casos de concentração econômica.

Salienta-se que o estudo, sempre que necessário, dará ênfase à atuação dos agentes em face dos benefícios que eles venham a trazer à sociedade e às pessoas individualmente consideradas, visto que os cidadãos devem ser respeitados e ter prioridade nas apreciações feitas pelos órgãos de defesa da concorrência e, principalmente, na própria formação de acordos e nas práticas econômicas. Assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil de acordo com a Constituição de 1988, deve orientar também os estudos, atos e opiniões na economia.

No mais, para a feitura da presente investigação foi utilizada uma pesquisa teórico-bibliográfica e documental, na qual se fez basilar o estudo de livros, artigos, dissertações, monografias e documentos legislativos pertinentes ao tema. Ademais, do ponto de vista de abordagem do caso, pode-se caracterizar a pesquisa como qualitativa, visto que houve um exame dos acontecimentos econômicos que se dão em sociedade, os quais afetam, direta ou indiretamente, os indivíduos enquanto consumidores².

2 PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. *Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2013, p. 69-70.

1. A defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

Como se sabe, a legislação brasileira dispõe de diversas normas que versam sobre aspectos relacionados à defesa da concorrência. Essas previsões legais são de extrema importância e merecem particular atenção, visto que têm como objetivo a proteção dos cidadãos em face dos agentes econômicos que buscam o lucro.

Em última análise, é possível afirmar que o aparato normativo existente visa resguardar direitos e garantias fundamentais, pois os fatores econômicos são capazes de alterar diretamente o padrão de vida de cada consumidor, considerado em sua individualidade. Por isso, passa-se, nesse momento, a analisar os aspectos constitucionais e infraconstitucionais que cercam a temática.

2.1.1. Abordagem constitucional.

É com muita propriedade que a própria Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, em seu texto de magnitude ímpar ao estudo aqui proposto, estabelece, inicialmente, em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV)³.

Esse fundamento possui relação direta com o tema analisado no presente trabalho, visto que, primeiramente, é o labor humano que move os setores econômicos. Não obstante haja um inacreditável avanço tecnológico nos últimos anos, não se pode negar que o *staff* ainda é imprescindível para o funcionamento das instituições. É por

3 Disponível em: “www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

isso que o texto constitucional desenha um especial contorno e cuidado quanto às relações trabalhistas, também estabelecendo um rol de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º).

Juntamente com essas garantias, o constituinte trouxe a livre iniciativa, voltada para o lado empreendedor dos cidadãos que buscam angariar espaço no mercado nacional. Assim, cumpridas as disposições legais e as formalidades administrativas, qualquer pessoa, em regra, pode adentrar no mercado e vender seus produtos ou serviços para os consumidores.

Além disso, faz-se imperiosa a compreensão acerca da Ordem Econômica, que pode ser entendida como o regramento constitucional que trata da estrutura econômica no país, o que possibilita as formas de intervenção do poder público no domínio privado. Sobre esse conceito:

Desta forma, pode-se perceber que a Ordem Econômica está relacionada diretamente com os ditames constitucionais de uma nação, como forma de assegurar a legitimidade do Estado em intervir no domínio econômico, para garantir uma boa fluência do mesmo, e preservar a estabilidade da economia nacional.

Atualmente, a Ordem Econômica encontra-se disciplinada em nossa Constituição Federal de 1988, no Título VII, a partir do Art. 170. É possível notar que, como regra, nossos constituintes estabeleceram uma atuação Indireta do Estado na economia, sendo esta exercida quando o Estado limita-se a condicionar o exercício da exploração da atividade econômica, sem assumir posição de agente econômico. Em casos excepcionais, taxativamente previstos na Lei Maior, uma atuação direta, em que o Estado assume para si a exploração da atividade econômica, na qualidade de agente empreendedor no mercado!⁴

4 Ibid., p. 22.

Ressalta-se que o artigo 170 da Constituição Federal de 88 é de suma relevância para o assunto, visto que resguarda valores que refletem o avanço da sociedade e, dentre estes preceitos, menciona a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V). Essas disposições podem parecer simples em uma primeira leitura, entretanto, possuem enorme carga democrática e progressista, uma vez que são pautadas no ideal econômico de melhoria da qualidade de vida da população⁵.

Nesse diapasão, pode-se notar que a livre concorrência tem uma eficácia a ser considerada sob dois pontos de vista. Primeiro, aparece como uma garantia de que qualquer empreendedor pode adentrar na economia e nesta participar e obter lucros, mas também é um meio de assegurar os direitos dos consumidores, pois estes terão mais opções de compra e liberdade de escolha.

Devido ao especial teor desse princípio, que inclusive é indispensável para os atuais estudos jurídicos e econômicos, a CF/88 dispõe sobre a defesa da concorrência, dentre outros dispositivos, no § 4º do seu artigo 173, da seguinte maneira: “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁶.

5 Constituição Federal: “Art. 170. 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: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995); Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

6 Disponível em: “www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

Acerca da atuação estatal no sentido de efetivar os pressupostos constitucionais, sob a ótica do Estado regulador e dos importantes direitos fundamentais, muito interessante a análise feita pela doutrina:

A Constituição Federal de 1988, no que respeita, principalmente, aos Arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, confere outra finalidade ao exercício da atividade econômica, qual seja o atendimento, em paralelo ao lucro, dos direitos e garantias fundamentais, bem como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Trata-se da verificação da dimensão socioeconômica da iniciativa privada, bem como de sua capacidade de promoção do bem-estar social, ou seja, é a reversão da obtenção dos proveitos para também beneficiar a coletividade, seja no investimento em infraestrutura, modernização e universalização do serviço público, diminuição das desigualdades, etc!⁷.

Com isso, percebe-se que a atividade econômica não pode ser concebida em uma realidade apartada da condição social dos cidadãos que serão sujeitos nas relações comerciais. Ao ter isso em vista, nos moldes constitucionais, os direitos basilares dos cidadãos alcançam um patamar privilegiado, exigindo observação necessária quando da elaboração legislativa e sua colocação na prática.

1.2. Abordagem infraconstitucional.

Com base no texto constitucional, à legislação nacional foi imposto o encargo de estabelecer um sistema eficiente que pudesse ga-

⁷ LIMA, Renata Albuquerque. *A Atuação do Estado Brasileiro e a Crise Empresarial na Perspectiva da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 34.

rantir a manutenção dos postulados presentes na Lei Maior. Assim, atualmente a Lei nº 12.529 de 2011 veio para estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o SBDC, que, de acordo com o artigo 3º da normatização citada, é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (o Cade) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda⁸.

Essa norma legal ainda afirma que o Conselho e a Secretaria abordados possuem as atribuições trazidas nesta Lei, a qual, dentre outras providências, regulariza e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica.

Ademais, é válido ressaltar o fato de que a Lei nº 12.529/2011 revogou os dispositivos da conhecida Lei nº 8.884/1994, muito marcante no desenvolvimento da legislação antitruste no Brasil e que, dentre outras providências, transformou o Cade em autarquia⁹.

Para o estudo que aqui se pretende trazer, todavia, faz-se necessário, *de per se*, uma abordagem mais minuciosa do trabalho desempenhado pelo Cade, visto que a este é designado a função da apreciação dos atos de concentração. Da Lei nº 12.529/2011 pode-se, ainda, obter o conceito legislativo do Cade, pois do seu artigo 4º tem-se que é a “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”¹⁰.

8 Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

9 Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm”. Acesso em: 01 abr. 2018.

10 Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

Porém, após a leitura da Lei, para evitar comparações equivocadas no que diz respeito à atuação do Cade no Brasil, é preciso pontuar que:

O Cade na condição de autarquia não realiza função jurisdicional, é bom lembrar que o nosso sistema não é o francês. Quando lemos “jurisdição” devemos pensar em aplicação administrativa da legislação contra o abuso do poder econômico, o que não veda a apreciação judicial quando for o caso. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência representa de forma bem clara a atuação indireta do Estado no domínio econômico. Diante da leitura das competências dos vários órgãos criados, é patente o controle do mercado pelo Estado, ou seja, não vale o argumento de que por não corresponder a regulação de um mercado específico e sim da concorrência que descaracteriza o Sistema como um instrumento indireto do Estado para regular o mercado¹¹.

Com essas informações basilares e com o intuito de analisar o âmbito prático de atuação do Cade, é válido observar como a autarquia lida com situações que causem impacto direto no seio social. Um forte exemplo é a forma de apreciação dos atos de concentração.

Nesse contexto, quando duas ou mais empresas pretendem unir forças e realizar um ato que pode ser caracterizado como concentracionista, elas precisam, antes de consumar o ato oficialmente, da permissão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O Cade vai apreciar o ato ou contrato baseando-se nos potenciais efeitos que venham a ser produzidos mediante o mercado a ser considerado. Essa análise é de extrema importância, pois é assim que se verificam os benefícios e os malefícios que daí possam surgir.

Assim, a atual legislação antitruste não estabelece um rol taxativo de determinados atos de concentração que necessariamente são considerados ilícitos ou causadores de prejuízos à concorrência. Não

11 MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico Esquemático*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 166.

é assim que o sistema brasileiro atualmente funciona. O trabalho é feito a partir da averiguação de cada caso, em determinadas circunstâncias e naquele determinado momento em que se encontra a economia.

Portanto, mesmo que aquele ato venha a causar os mais variados prejuízos à concorrência (seja com relação aos sujeitos envolvidos, estrutura organizacional, números de produção, localização das empresas, etc), se os benefícios à população forem maiores naquela determinada situação averiguada, por exemplo, poderá haver a convalidação ou aceitação da concentração. É nesse sentido o que está disposto na Lei nº 12.529/2011, partindo-se de uma interpretação teleológica ou finalística, como se pode facilmente observar nos §§ 5º e 6º do artigo 88, situado no Título VII da Lei, que dispõe acerca “Do Controle das Concentrações”¹².

O trabalho de apreciação do Cade em face do ato de concentração o qual as empresas interessadas pretendem consumir é uma das formas de tratamento que objetiva a defesa da concorrência. A abordagem aqui se trata de uma regulação preventiva, que é a principal maneira de lidar com o fenômeno da concentração.

Essa submissão das empresas ao poder público é de suma importância, visto que proporciona uma organização social, através da qual é possível trazer maiores benefícios aos cidadãos ou, pelo menos, para que se possa impedir o estabelecimento de problemas que

12 “§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

afetam a população em geral, nos mais diversos aspectos cotidianos, seja na compra e venda de alimentos, roupas, bebidas ou serviços de lazer.

Detalhe muito importante reside no fato de que, quando o Conselho aprecia o ato, não há propriamente um julgamento no sentido formal e conhecido da palavra, isso pois não há a infração que precisa ser punida, bem como não se trata, ao menos inicialmente, de partes opostas que procuram o Poder Judiciário para a solução de uma lide. De fato, o que se tem são partes que têm a pretensão de concretizar um ato de concentração, e para isso, elas buscam o Cade para que este as autorize na feitura dos seus objetivos, conforme explica Masso explanando o pensamento de Júnior¹³.

No entanto, em determinados casos, que não raro ocorrem na atividade empresarial, é possível notar que a concentração econômica já se deu no âmbito do mercado a ser considerado, provocando, ainda, efeitos prejudiciais ou mesmo devastadores às empresas que estão competindo. Sendo assim, a apreciação do Cade acerca do ato não se mostra mais tão útil, visto que as consequências se mostram ruins na prática.

Com isso, pontua-se a existência de outra faceta do amparo à concorrência, por meio da repressão do ato, que deve ser feita com muito cuidado, devendo ser observados os direitos das partes, a apresentação de provas que delimitem a infração e a defesa das empresas para que a justiça seja plena.

Aliás, esse poder para reprimir não se manifesta de uma forma punitiva e visando unicamente o *ius puniendi* estatal, pois essa proteção se baseia na supremacia e indisponibilidade do interesse público, compondo um poder inibitório proveniente da necessidade proteção social.

13 MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico Esquematizado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 203.

No mais, caso o Cade não aprove a concentração que foi ao seu exame, ou ainda para que haja a repressão do ato que se formou, poderá ser determinado, dentre outras providências, que seja feita a desconstituição, buscando-se o retorno do *status quo ante*. Pode haver, ainda, a venda da marca ou dos ativos e paralisação total ou em parte das atividades executadas pela pessoa jurídica.

Como se sabe, ao analisar um ato de concentração, o Cade observa diversos aspectos, como a participação de mercado das empresas envolvidas, o fato de existir ou não rivalidade entre os concorrentes, bem como fatores relacionados ao setor averiguado.

Primordialmente, o Cade preza pela preservação da concorrência, visando diversidade e qualidade de produtos e serviços prestados ao consumidor, além de outros quesitos averiguados conforme o caso concreto.

Todavia, nem todo ato de concentração deverá ser analisado pelo Cade, mas somente aqueles que se enquadram nos critérios legais de notificação obrigatória. Desse modo, a Assessoria de Comunicação Social do Cade explica:

Segundo o Artigo 88 da Lei 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, devem ser notificados ao Cade os atos de concentração, em qualquer setor da economia, em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões¹⁴.

Aliás, é recomendado que, na medida das possibilidades e circunstâncias presentes do caso concreto, tudo aconteça de forma cé-

14 Disponível em: “<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>”. Acesso em: 01 abr. 2018.

lere, ou seja, a reposta deve ser rápida, por meio de procedimentos eficientes e pouco burocráticos, para que as empresas sofram menos incômodos, o que vem a proteger, direta ou indiretamente, os próprios consumidores que movimentam o mercado.

2. Modalidades de concorrência.

Nessa parte do estudo, ver-se-á que a manutenção de inúmeras empresas no mercado competitivo, explorando a economia de todas as formas e em seu clímax de atividades, com todos os benefícios possíveis aos consumidores e sociedade em geral, gerando muito lucro, produzindo em grande escala e com preços baixos parecem ser objetivos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em uma visão inicial de concorrência.

Entretanto, não há dificuldade em perceber que atingir esses níveis de perfeição concorrencial mostra-se claramente um desafio e os órgãos que regem a legislação antitruste no Brasil sabem dessa realidade, principalmente se forem levados em conta os números anuais da economia do país. Todavia, sabendo da relevância dos ideais do direito da concorrência e a necessidade da disputa no âmbito empresarial, tem-se que:

(...) a disputa é, assim, essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. Em verdade, a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros. Pode-se então dizer que a disputa produz externalidade positiva, pois reverte a favor do funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores¹⁵.

15 FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.

Nesse diapasão, agora serão analisadas as concepções ou modalidades de concorrência, fundamentais para a correta compreensão da disputa econômica que ocorre cotidianamente.

2.1. Concorrência perfeita.

Restam claros os argumentos de que são muitos os benefícios do respeito à concorrência, como os citados por Forgioni acima, o que já levou muitos estudiosos a aclamar a chamada concorrência perfeita, tão almejada pelas economias mundiais (pelo menos em seus respectivos ordenamentos jurídicos), a qual prega que devem ser mantidos algumas características que lhe são essenciais e que configuram uma estrutura de mercado com base nesses aspectos. Masso elenca alguns desses pontos, analisados por Rocha, Lima e Cordeiro:

- Claramente há um enorme número de agentes que movimentam a economia ativamente em ambos os polos, ou seja, na demanda e na oferta. Nesse contexto, nenhum desses agentes pode, em sua unanimidade e individualidade, modificar consideravelmente o volume global da produção, muito menos os preços estabelecidos para os seus produtos ou ainda outro dado relevante;
- Torna-se evidente que os serviços e/ou produtos materiais que são ofertados por cada um dos sujeitos que agem nesse mercado são, ao menos substancialmente, tão semelhantes entre si, a ponto de os consumidores não terem preferência pela mercadoria de uma empresa sobre a mercadoria da mesma qualidade de outra empresa;
- De igual modo, tanto os consumidores quanto os produtores tomam conhecimento de todos os acontecimentos que se dão na economia, causando, assim, uma publicidade cristalina e proporcionando a manifestação das opiniões dos agentes;
- Também não existem dificuldades estratégicas para a chegada de novos agentes no mercado, vis-

to que isso afrontaria a ordem e justiça estabelecidas, dando margem à ruptura da concorrência perfeita. Assim, novos sujeitos produtores adentram ao ambiente econômico com grande facilidade e mantêm-se com igualdade de condições, sendo todos beneficiados de igual forma. Ademais, os fatores de produção também saem de um setor de produção para outro, livre e facilmente!¹⁶□.

Após a análise atenta dessas principais características, é nítido que a aclamada concorrência perfeita só existe na teoria, como argumentam diversos estudiosos atuais, não podendo ser visualizada na realidade das economias e mercados.

Isso é tão óbvio, que até mesmo países que possuem uma estrutura econômica invejável têm um ou outro aspecto que exige uma melhoria ou deixam a desejar, principalmente no que diz respeito ao direito da concorrência e os atos de concentração.

Com isso, em uma reflexão mais aprofundada e teórica, poderia se afirmar que até mesmo o fenômeno da concentração econômica seria uma afronta à concorrência perfeita em seus ideais defendidos, pois atos concentracionistas em geral implicam, por diversas vezes, na diminuição da concorrência ou na imposição do poder de mercado, mudando a situação de paridade entre as empresas e, conseqüentemente, prejudicando algum agente ativo ou passivo que esteja atuando no contexto econômico.

Criticando os postulados da concorrência perfeita e, de modo didático para compreensão da realidade econômica, a doutrina explica que:

No modelo de concorrência perfeita, o produtor é, por assim dizer, um escravo do mercado: incapaz de nele influir, mas por ele absolutamente controlado; forçado a produzir, em conjunto com seus

16 ROCHA, Jakson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívy Maria Vaz. Atos de Concentração Econômica e Estruturas de Mercado em uma Concorrência Praticável. *Revista Scientia Iuris*, v. 21, nº 2, p. 64-97, jul. 2017.

concorrentes, tanto quanto seja possível, a fim de reduzir a escassez ao mínimo, segundo as possibilidades econômicas materiais existentes. Sua remuneração é a menor possível, o mínimo necessário para que ele se mantenha em atividade. Ganancioso, porque procura elevar seu lucro ao máximo, é uma fera enjaulada, enclausurada pelas barreiras intransponíveis impostas inexoravelmente pelo mercado¹⁷.

Com tudo isso, é fato que não se pode obrigar um empresário a viver nessa condição de subordinação opressiva, sem que possa conquistar espaço para vender seu produto ou serviço no mercado, o que causaria relações econômicas estagnadas e baseadas no desejo reprimido de sempre querer algo a mais, mas sem a capacidade de obter tal desiderato. Essa condição, certamente, faria com que se acentuasse a ocorrência de práticas astuciosas e clandestinas destinadas a buscar um lucro impossível de conseguir nos moldes da concorrência perfeita.

2.2. Concorrência imperfeita.

A concorrência imperfeita, como o próprio nome já nos leva a entender, remonta a uma ideia de contrariedade à concorrência perfeita, ou seja, caracterizaria um mercado no qual a economia encontra-se distante dos padrões ideais.

Em situações como a desse tipo, é comum que a causa da imperfeição seja a própria conduta de pelo menos um agente que atua naquele meio, seja no polo passivo, na figura de consumidor, ou no polo ativo, como quando uma empresa atua em desacordo com os padrões que influenciam em aspectos com os preços dos produtos ou serviços.

17 VARELLA BRUNA, Sérgio. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso de seu Exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p 31.

Estabelecendo-se uma concorrência imperfeita, é comum que o Estado passe a realizar intervenções na economia, com o objetivo de evitar ou minimizar os possíveis prejuízos que eventualmente venham a atingir os consumidores ou a sociedade em geral. Essa atuação estatal manifesta-se por meio das leis existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como pelas competências atribuídas às agências reguladoras.

Salienta-se que o fato de a concorrência ser imperfeita não necessariamente significa a inexistência de benefícios sociais. É comum que alguns leitores tenham essa primeira impressão, visto que as características normalmente são desfavoráveis à economia. Todavia, é completamente viável, e às vezes preferível, que em determinado espaço geográfico a concorrência imperfeita traga mais vantagens do que se houvesse uma afetiva concorrência perfeita.

Ademais, existem diversas situações que se configuram como espécies de concorrência imperfeita, as quais são conhecidas na doutrina como algumas das estruturas de mercado.

2.3. Concorrência praticável ou *workable competition*.

Dado isso, atualmente tem-se como entendimento doutrinário mais aceito o de que a concorrência que se pretende manter é a chamada de praticável, mundialmente conhecida pela expressão “*workable competition*”, advinda dos importantes estudos desenvolvidos pela Escola Estruturalista de Harvard¹⁸. Observando o desenvolvimento da concepção de concorrência praticável no decorrer das décadas, através dos estudos de notórios pesquisadores da área, vê-se que:

18 DAL RI Jr, Arno; LIMA, Renata Albuquerque. Reflexos do Conceito de Workable Competition na Doutrina e nos Julgamentos do CADE. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 8, n. 3, p. 433-456, set./dez. 2017.

John Maurice Clark apresentou esse conceito inicialmente em 1940 e afirmava que a concorrência perfeita seria impraticável. Vários doutrinadores como Edward Manson e John Bain uniram-se a essa teoria que se orienta no fato de a política concorrencial buscar eliminar as imperfeições, pois elas podem ser eliminadas por outras imperfeições do mercado, desenvolvendo posteriormente a Escola de Harvard nos Estados Unidos.

Assim, entendia-se que o fato de essas imperfeições existirem não seriam algo prejudicial caso o regime econômico funcione normalmente e sem gerar prejuízos. Os agentes teriam liberdade para agir, porém estariam sujeitos à intervenção estatal resultando no sacrifício de sua liberdade, devido às circunstâncias que poderiam surgir prejudicando a economia.

Tal escola veio como resposta ao desenvolvimento de grandes corporações antes do surgimento da crise de 1929, com a finalidade de proteger os pequenos competidores e distribuir as riquezas. Seus estudos renderam o modelo SCD, (Estrutura-Condução-Desempenho) ou modelo de Harvard que influenciou diretamente a economia da época e se mostra presente em alguns aspectos da defesa da concorrência brasileira como algumas interferências do Estado na economia¹⁹.

Assim, é exatamente com essa ideia de concorrência que se busca a manutenção de um número suficientemente bom de empresas ou ofertantes, para que os consumidores tenham razoável poder de escolha sobre os produtos disponíveis no mercado.

Além disso, levam-se em consideração os fatos verídicos que acontecem no contexto econômico, como preços estabelecidos por cada empresa, diversificação dos produtos e serviços ofertados por cada um dos agentes, publicidade moderada e atos de concentrações frequentemente feitos entre aliados em ação, sem olvidar do que a ciência jurídica deve regular tais fatores.

19 PEREIRA, Fábio da Silva; SOUZA, Ana Paula Marques de; LIMA, Renata Albuquerque. Op. cit, p. 52.

A *workable competition* foi, então, uma teoria que passou a ser disseminada pelo mundo, chegando, inclusive na América Latina com o fim da Segunda Guerra Mundial, visto que diversas empresas norte-americanas se espalharam pelos continentes. Por esse fato, muitos juízes brasileiros já passaram a adotar esse posicionamento desde aquela época.

Posteriormente, houve o aprimoramento das ideias até chegar aos atuais estudos que delinearão esses conceitos de forma mais precisa, de acordo com as especificidades de cada nação e mercados relevantes.

Por isso, Forgioni se posiciona na defesa da *workable competition*, sabendo que o excesso de atos potencialmente prejudiciais ao mercado deve ser evitado, porém reconhecendo que práticas as quais são capazes de gerar efeitos negativos na atividade empresarial geralmente estão presentes, ao afirmar:

Em linhas gerais, a Escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se um modelo de *workable competition*. Essa questão, por sua vez, está relacionada com o problema do número de agentes econômicos atuantes em determinado setor da economia. O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado, sendo a concorrência buscada como um fim em si mesma. Dessa forma, mantém-se a estrutura pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado!²⁰.

Também ao abordar uma compreensão realista, considerando o fator dos lucros e benefícios advindos com uma melhoria na eficiência empresarial, bem como o aspecto social do estudo, Nusdeo acata os atuais posicionamentos sobre o teor da concorrência prática-

20 FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 168-170.

vel e orienta aos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência que é necessário, quando estiverem diante de determinado ato de concentração o qual tenha se mostrado positivo para o aumento da eficiência da empresa, que essa autoridade antitruste analise a proporcionalidade entre o meio escolhido e o os fins desejados, bem como se não poderia ser escolhida uma alternativa menos lesiva à economia, se uma grande eliminação da concorrência não resultará do ato constituído e, especialmente, se a sociedade poderá desfrutar dos benefícios daí advindos²¹.

A Ordem Econômica estabelecida na Constituição Federal de 1988, como já tratado no presente trabalho acadêmico, tem como objetivos a preservação da dignidade da pessoa humana, bem como estabelecer uma livre concorrência, baseada na livre iniciativa.

Com isso, busca-se uma melhor distribuição de renda, o que trará benefícios não só aos agentes ativos que fomentam o mercado, mas, principalmente, aos consumidores, destinatários finais das normas protetivas presentes no ordenamento jurídico.

A edição da Lei nº 12.529/2011 também trouxe destaque para tais postulados, estabelecendo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o SBDC, além de conceder ênfase à concorrência praticável ou *workable competition*, no que pese ao seu especial tratamento acerca do controle das concentrações e da apreciação de condutas anticompetitivas.

É esse fato que leva os estudiosos a explicar a forma com a qual a legislação pátria tem adotado as teorias modernistas de Direito Econômico, visando o bem-estar do mercado nacional e da população em geral.

Com isso, finaliza-se a abordagem das modalidades ou concepções de concorrência, cujas características são indiscutivelmente

21 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – O Controle dos Atos de Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

relevantes, visto que somente assim é possível viabilizar a escolha de quais condutas devem ser praticadas, e, em consequência, quais práticas precisam ser repelidas.

3. Análise de um caso concreto.

Mediante as informações já tratadas, é válido que se faça uma análise prática de um caso concreto, para se visualizar a atuação dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o SBDC. Assim, um exemplo do fenômeno concentracionista ocorreu no Brasil recentemente, envolvendo duas megaempresas de tecnologia agrícola, que foi a aprovação da aquisição da norte-americana *Monsanto Company* pela alemã *Bayer Aktiengesellschaft*, no mês de fevereiro de 2018, mediante apreciação realizada pelo Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49).

Conforme a nota divulgada no site do Cade, a aprovação da operação foi condicionada à assinatura do Acordo em Controle de Concentração (ACC) proposto pelas partes, em que a *Bayer* adquiriu o controle unitário da *Monsanto*, na operação analisada. Ressaltou-se que a *Bayer* é empresa composta de três setores de negócios (*Pharmaceuticals Divisional*, *Consumer Health* e *Crop Science*), cuja atuação acontece em 75 países. A *Monsanto Company* possui atividades em 67 nações e atua no território nacional por meio de suas subsidiárias.

Vale a leitura dos dados encontrados no site do Cade, acerca da apreciação:

Diante das preocupações identificadas pelo Cade, as empresas apresentaram uma proposta de remédios para mitigar os problemas concorrenciais da fusão. O principal remédio, de caráter estrutural, consiste no desinvestimento de todos os ativos atualmente detidos pela *Bayer* relacionados aos negócios de sementes de soja e de algodão, bem como ao negócio de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio. Esse desinvesti-

mento ocorrerá por meio da venda dos negócios de sementes e herbicidas à BASF (pelo valor aproximado de 5,9 bilhões).

Em seu voto, o conselheiro relator do caso, Paulo Burnier da Silveira, destacou que “os remédios estruturais propostos pelas requerentes são robustos e endereçam de forma satisfatória as principais preocupações apontadas pelo Cade”.

Burnier argumentou que a solução estrutural apresentada desfaz todas as sobreposições horizontais geradas pela operação no Brasil, o que elimina os problemas concorrenciais derivados de concentrações horizontais e retira o nexo de causalidade com aspectos concorrenciais relacionados ao reforço de integrações verticais nos mercados afetados.

Além dos remédios estruturais, *Bayer* e *Monsanto* também propuseram compromissos comportamentais. Eles envolvem a transparência das políticas comerciais, a proibição de imposição de exclusividade nos canais de venda, a proibição de imposição de venda casada e de *bundling* (empacotamento) e licenciamento amplo e não discriminatório de seus produtos. O monitoramento dos compromissos firmados no ACC contará com o apoio de um *Trustee*.
[...]

A análise da operação contou com intensa cooperação internacional entre o Cade e autoridades da concorrência de outros países. Dentre elas, destacam-se as autoridades da África do Sul, dos Estados Unidos, da Índia, da Rússia e da União Europeia.

Ao total, 29 jurisdições foram notificadas da fusão, sendo que metade ainda aguarda o desfecho das suas respectivas análises – em particular o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Comissão Europeia²².

22 No dia 21 de março, a União Europeia avalizou a fusão das duas megaempresas, conforme notícia do Site Brasil de Fato, publicada em 02, Abril de 2018, disponível em: “<https://www.brasildefato.com.br/2018/04/02/fusao-entre-monsanto-e-bayer-aumenta-monopolio-do-veneno-e-da-transgenia-no-mundo/>”.

Dessa forma, percebe-se que o ato de concentração em destaque foi aceito devido aos potenciais benefícios que poderá trazer à sociedade em geral, mesmo que haja aspectos maléficos no âmbito da concorrência no mercado, o que justifica as diversas restrições impostas. Há, desse modo, um respeito à *workable competition* e nota-se que o Brasil tem seguido aos ideais modernos que orientam a economia e a legislação, mas ainda precisa aprimorar e discutir o assunto em diversos setores.

Conclusão.

Em face de todo o conteúdo exposto na presente investigação, é cristalina a necessidade de se analisar de forma mais concisa a realidade concorrencial no Brasil, abordando mais detalhadamente a concorrência praticável ou *workable competition* no ordenamento jurídico e especialmente na Constituição Federal, a partir da análise dos preceitos que repercutem em todas as normas infraconstitucionais.

As modalidades ou concepções de concorrência, nesse contexto, auxiliam na busca pela melhor forma de lidar com os problemas existentes na atividade econômica. Para isso, também é preciso fomentar atitudes que tenham por objetivo a boa convivência entre os agentes envolvidos, ou seja, os empresários, consumidores e sociedade como um todo.

É por isso que já não se pode admitir que o legislador desempenhe sua função por meio da elaboração de disposições superficiais e abstratas, uma vez que a ciência jurídica deve especificar os detalhes e regulamentar as situações econômicas. Um fato interessante é que, como visto no presente estudo, a legislação brasileira mostra-se bastante moderna, pelo menos na teoria, o que certamente já pode ser considerado um enorme avanço.

Com isso, as surpresas podem ocorrer devido à atuação dos vários agentes que movimentam o mercado e ganham forma devido às mais complexas situações, a serem reguladas por normas estatais e apreciadas pelos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o SBDC. Tais surpresas fazem parte do risco inerente à atividade econômica e, por não haver uma fórmula para eliminar esses imprevistos, deve-se buscar maneiras para lidar com eles e extrair os potenciais benefícios que podem advir dessas operações.

Imperioso ressaltar o importante trabalho do Cade, órgão de proteção da concorrência do Ministério da Justiça, que possui a incumbência de apreciar o fenômeno da concentração econômica sob uma perspectiva constitucional e atual, visando à proteção à superioridade do interesse público, ao preservar a indisponibilidade dos valores elementares para a ordem social.

Dessa forma, é preciso sempre levar à discussão esses aspectos da economia, falando-se sobre o poder econômico das empresas e as formas pelas quais esse poder se manifesta no meio social, afetando a população que sempre tem que lidar com esses acontecimentos, seja de uma forma benéfica ou mesmo com os problemas que ocasionalmente sejam instaurados.

Isso ocorre pelo simples fato de que a economia é movida pelos agentes que nela atuam e, dentre estes, há a massa populacional e consumidora, que apesar de possuir enorme poder de escolha, pode encontrar-se em condição de inferioridade em face dos empresários e até mesmo poderes políticos capazes de determinar as variáveis no mercado a ser considerado.

Por fim, conclui-se que uma economia respeitável e digna de ser tida como exemplo não é necessariamente aquela perfeita sobre a perspectiva estrutural ou funcional do mercado, mas sim aquela na qual os objetivos são direcionados a proporcionar uma qualidade de

vida para a população, através de produtos e serviços que visem à manutenção de uma sociedade digna e plena.

É com essa nobre finalidade que se tornou constante, no Brasil, a busca por uma economia nacional onde a produção, venda, distribuição, consumo e lucratividade afetem positiva e permanentemente ao público comprador, o qual se posiciona como o destinatário final das atividades desempenhadas no mercado, mantendo-se o direito da concorrência e os valores constitucionais estabelecidos na Carta Magna.

NOTAS SOBRE O ESTÁGIO ATUAL DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA NO BRASIL¹

NOTES ON THE CURRENT STAGE OF THE PARTIAL DISSOLUTION OF CLOSELY HELD COMPANIES IN BRAZIL

Carlos Martins Neto

Resumo: O presente artigo apresenta análise do estágio atual do instituto da dissolução parcial de sociedade anônima fechada no direito brasileiro. Para tanto, é feita introdução a fim de diferenciar a companhia aberta da companhia fechada, assim como as “sociedades de capital” das “sociedades de pessoas”. Em seguida, são apresentadas as maneiras de que um acionista de sociedade anônima dispõe para deixar de ser sócio de tal tipo de sociedade. Na sequência, examina-se o instituto da dissolução parcial de companhia fechada à luz da legislação, da literatura especializada e da jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Direito societário. Sociedade anônima. Companhia fechada. Dissolução parcial.

Abstract: This paper analyses the current stage of the partial dissolution of closely held companies in Brazil. An introduction is made in order to differentiate the publicly held companies from the closely held companies, as well as the “stock corporations” from the “civil partnerships”. It then presents the alternatives available for a

¹ Artigo recebido em 01.09.2018 e aceito em 07.11.2018.

stockholder that wishes to leave a closely held company. Afterwards, the article examines the partial dissolution of closely held companies in the light of legislation, specialized literature and recent court decisions.

Keywords: Corporate law. Corporation. Closely held company. Non-listed company. Partial dissolution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Meios de que dispõe o acionista para deixar de ser sócio de sociedade anônima fechada. 3. A disciplina jurídica da dissolução parcial. 4. Análise jurisprudencial. 5. Aspectos processuais da dissolução parcial de companhia fechada. 6. Conclusão.

1. Introdução.

O presente trabalho tem como objetivo examinar o instituto da dissolução parcial de sociedade anônima fechada com perfil familiar, à luz da legislação atual, da literatura especializada e da jurisprudência nacional.

Cabe desde já salientar que não se ambiciona aqui tratar de forma exaustiva da disciplina jurídica da sociedade anônima, de modo que serão abordados apenas os aspectos pertinentes ao objeto do presente artigo.

Nesse sentido, serão apresentados, de forma breve, os conceitos de “companhia aberta” em contraposição ao de “companhia fechada” e de “sociedade de pessoas” *versus* “sociedade de capital”, necessários ao entendimento da disciplina da dissolução parcial.

O artigo 4º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.) estabelece que são “companhias abertas” aquelas cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação em mercado de valores mobiliários, sendo

“companhias fechadas” as demais (cujos valores mobiliários não estejam admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários).

A distinção entre “sociedade de pessoas” e “sociedade de capitais”, por sua vez, diz respeito ao grau de dependência da sociedade em relação às qualidades subjetivas de seus sócios. Assim, a depender da maior ou menor influência exercida pelas características pessoais dos sócios, as sociedades classificam-se como “de pessoas” ou “de capital”, respectivamente.

Nas chamadas “sociedades de pessoas”, o elemento fundamental é justamente a figura dos sócios, que se escolhem mutuamente em razão da confiança recíproca existente entre eles, das qualidades pessoais e da capacitação para o exercício da atividade. Há, portanto, a preponderância do caráter *intuitu personae*.

Já nas “sociedades de capital”, opera-se o inverso: as aptidões, a personalidade e as condições pessoais do sócio são irrelevantes para o sucesso ou o insucesso da empresa explorada pela sociedade, prevalecendo as contribuições pecuniárias para a formação do capital social, ou seja, o caráter *intuitu pecuniae*.

Na literatura especializada há autores que entendem que a sociedade anônima sempre se apresentará como “sociedade de capital”, independentemente de ser fechada ou aberta².

Em sentido contrário, Rubens Requião sustenta que, no Brasil,

2 Assim entende Fábio Ulhoa Coelho, ao destacar que “a sociedade anônima é sempre uma sociedade de capital” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139). De modo semelhante, Fran Martins é categórico ao sustentar que “como sociedade de capitais temos as sociedades anônimas e as em comandita por ações” (MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 169). Ainda no mesmo tom, Ricardo Negrão defende que “possuem elementos mistos, a sociedade em conta de participação e as sociedades em comandita, simples e por ações e, finalmente, é característica de capital a sociedade anônima” (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. I, p. 240).

“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”³.

Não obstante tal divergência de posicionamento, não há dúvidas de que as companhias abertas, cujas ações podem ser negociadas em bolsa de valores, são consideradas “sociedades de capital”.

Todavia, a caracterização de companhia fechada como sendo “sociedade de pessoas” ou “de capitais” não é tarefa simples. Eventualmente, a relação entre sócios de determinada companhia fechada pode ser pautada pela convivência de um determinado número de pessoas conhecidas entre si, as quais possuam vínculos de parentesco ou, ainda que não integrem uma única família, guardem um relacionamento próximo e amparado em pilares de confiança recíproca, atributos pessoais e capacitação para o negócio explorado pela sociedade.

Nas companhias fechadas com tais características, costuma ser mais relevante a relação e os aspectos pessoais dos sócios do que o vínculo institucional. Nesse contexto, a sociedade anônima fechada apresentará caráter “familiar”, situação em que estará mais alinhada com o perfil das “sociedades de pessoas” do que com o perfil das “sociedades de capital”.

Desse modo, a classificação das companhias fechadas como “sociedades de pessoas” ou “de capital” não comporta posições extremadas e depende da análise de cada caso concreto.

3 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. II, p. 56.

Nesse contexto, há que se destacar o perfil da “sociedade familiar”, conceito alinhado ao de “sociedade de pessoas”. Não obstante a ausência de previsão legal para tal conceito, bem como o fato de o tema ser controvertido na doutrina, Eduardo Goulart Pimenta propõe a seguinte definição:

Diante das diversas definições apresentadas, o aspecto mais importante e eficaz para essa definição é a identificação do poder de controle. Dessa maneira, familiar seria aquela sociedade controlada por uma ou mais famílias, que definem as diretrizes e comandam a administração da sociedade, independentemente de haver ou não parentes nos órgãos de gestão. Muitas dessas sociedades são baseadas em modelos que priorizam aspectos pessoais entre sócios, em detrimento de critérios racionais e de eficiência. Consequentemente, o exercício da empresa, especialmente no que tange à governança da sociedade, está sujeito a uma série de riscos adicionais, relacionados com a pouca racionalidade das relações familiares e os possíveis conflitos daí provenientes. Vale também acrescentar à conceituação de sociedade familiar aquela que, embora não controlada por pessoas unidas por vínculos legais de parentesco, mantém práticas de controle e gestão pautadas por valores mais afetos às entidades familiares do que às organizações empresariais⁴.

Sérgio Campinho também se manifesta no sentido de que as companhias fechadas “podem vir a ostentar a condição de sociedade de pessoa. É o caso das sociedades anônimas ditas familiares, inacessíveis a estranhos, cujas ações circulam entre os poucos acionistas que as adquirem. São sociedades, na verdade, constituídas *cum intuitu personae*, pois o *animus* que se requer dos sócios não é só material”⁵.

4 PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maíra Leituguinhos de Lima. Conceituação jurídica de empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62-63.

Assim, mostra-se altamente relevante o conceito de *affectio societatis*, que pode ser definido como o elemento volitivo que liga os sócios entre si e à sociedade, representado pela vontade e esforço contínuos de cada um em prol do resultado comum perseguido pela sociedade, com vistas a compartilhar as perdas e os lucros decorrentes da atividade.

Sobre a *affectio societatis*, Rubens Requião ensina que:

O liame afetivo, a confiança mútua, o espírito de colaboração, a '*affectio societatis*' enfim entre os sócios, se transforma, destarte, num sério vínculo, de acentuado interesse coletivo e importante conveniência social, que é posto sob a proteção do direito. O cessar da '*affectio societatis*' por imprevisto infortúnio do sócio ou por desejo unilateral, não justifica a extinção da sociedade comercial inteira, perdurando entre os demais o '*animus societatis*'; o desaparecimento do liame societário provocado por um sócio não deve, com efeito, importar, na extinção do convívio afetivo e interessado dos demais membros da sociedade⁶.

Feitos tais esclarecimentos a respeito dos conceitos necessários para o entendimento da disciplina da dissolução parcial de sociedade, passa-se, nos capítulos seguintes, a analisar as hipóteses de saída voluntária de acionista de sociedade anônima fechada e familiar. Em seguida, é apresentada a disciplina jurídica da dissolução parcial de sociedade para, na sequência, se examinar os precedentes judiciais sobre o tema. Por fim, é abordado o procedimento da ação de dissolução parcial de sociedade anônima.

5 CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 59-60.

6 REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*. 1959. 276 f. Tese (concurso à Cátedra de Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade do Paraná, Curitiba. 1959.

2. Meios de que dispõe o acionista para deixar de ser sócio de sociedade anônima fechada.

O acionista de companhia fechada possui, em tese, três maneiras de, voluntariamente, deixar de integrar o quadro de sócios de tal sociedade: (i) cedendo suas ações para terceiro; (ii) exercendo o direito de recesso (retirada) nas hipóteses expressamente previstas na lei⁷; ou (iii) requerendo judicialmente a dissolução (total ou parcial) da referida sociedade, com a consequente apuração e pagamento de seus haveres.

A respeito da cessão de ações, tal hipótese depende da existência de interessados em adquirir as ações. Nas sociedades anônimas fechadas (especialmente naquelas de cunho familiar), o cenário é geralmente pouco propício ao ingresso de terceiros, que, por vislumbrarem maior insegurança em razão do nível de governança de tais sociedades, acabam optando por investir em outros ativos.

O exercício do direito de recesso, por sua vez, somente é possível em algumas situações específicas, expressamente elencadas no artigo 137 da Lei das S.A. As hipóteses contempladas no referido dispositivo são exaustivas, não podendo ser afastadas ou ampliadas por disposição estatutária⁸.

7 Nos termos do artigo 137 da Lei nº 6.404/76.

8 A esse respeito, Luis Eduardo Bulhões Pedreira registrou que: “Os fatos que autorizam o direito de retirada podem ser classificados em três grupos: I – modificações nos direitos de participação dos acionistas: (a) criação de ações preferenciais (inciso I do art. 136, c/c o art. 137); (b) aumento desproporcional de classe de ações preferenciais (inciso I do art. 136, c/c o art. 137); (c) alteração de direitos das ações preferenciais (inciso II do art. 136, c/c o art. 137); e (d) criação de nova classe de ações preferenciais mais favorecida (inciso II do art. 136, c/c o art. 137); II – outras modificações essenciais no contrato de companhia: (a) redução do dividendo obrigatório (inciso III do art. 136, c/c o art. 137); (b) transformação (art. 221); (c) mudança do objeto social (inciso VI do art. 136, c/c o art. 137); (d) participação em grupo de sociedades (inciso V do art. 136, c/c o art. 137); (e) fusão ou incorporação em outra sociedade (inciso IV do art. 13, c/c o art. 137); (f) cisão (inciso IX do art. 136, c/c o art. 137); (g) conversão em subsidiária integral mediante incorporação de ações (§§ 1º e 2º do art. 252); (h) sucessão de companhia aberta por companhia fechada (§§ 3º e 4º do art. 223); (i) desapropriação do

Ausentes as possibilidades de cessão de ações e de exercício de direito de retirada, a dissolução da sociedade se apresentará como única opção para o acionista que, por sua própria iniciativa, pretenda deixar de ser sócio de companhia fechada. Tal hipótese corresponde a medida extrema, usualmente adotada em cenário marcado pela irremediável tensão entre acionistas, que conduz à irreversível ruptura da *affectio societatis*.

Cabe diferenciar a dissolução total da dissolução parcial de sociedade. Nas palavras de Paulo Leonardo Vilela Cardoso, “enquanto na dissolução total o objetivo é a extinção da sociedade, com a liquidação de seu patrimônio, na dissolução parcial a atividade empresarial é preservada, operando-se apenas a alteração em seu quadro social e a redução do patrimônio coletivo, com a apuração dos haveres do sócio retirante”⁹.

Nessa linha, passa-se a tratar da disciplina jurídica da dissolução parcial de sociedade anônima fechada.

3. A disciplina jurídica da dissolução parcial.

O Código de Processo Civil de 1973¹⁰ (CPC/1973), que vigorou até 17.03.2016, não contemplava qualquer dispositivo dedicado à

controle pelo poder público (parágrafo único do art. 236); e (j) inserção no estatuto de convenção de arbitragem (art. 136-A); III – aquisição de controle de sociedade empresária que constitua investimento relevante ou com pagamento de prêmio superior a 50% do valor das ações (art. 256)” (PEDREIRA, Luis Eduardo Bulhões. Direito de retirada. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luis Bulhões. *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252).

9 CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. Dissolução parcial da sociedade: uma nova e necessária modalidade de procedimento especial. In: CIANCI, Mirna; DIDIER JR., Fredie; REDONDO, Bruno Garcia; DANTAS, Bruno; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DELFINO, Lucio. *Novo Código de processo civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2016, v. II, p. 267.

10 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973 (republificado em 27 jul. 2006). Revogado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

ação de dissolução parcial de sociedades, de tal sorte que o seu artigo 1.218, VII, manteve em vigor os arts. 655 a 674 do código anterior – Código de Processo Civil de 1939¹¹ (CPC/1939) – que, por sua vez, regulava a “dissolução e liquidação de sociedades”, até que o procedimento específico para tal finalidade viesse a ser disciplinado por lei especial.

Contudo, a mencionada lei especial nunca foi editada, de modo que, até o fim da vigência do CPC/1973, as regras sobre dissolução e liquidação de sociedades continuaram sendo as estabelecidas pelo CPC/1939. No entanto, tais regras tratavam exclusivamente da dissolução total de sociedade, nada dispondo sobre a hipótese de sua dissolução parcial.

A Lei das S.A., por seu turno, já previa expressamente a possibilidade de dissolução (total) da sociedade anônima, por decisão judicial (artigo 206, II, b). Veja-se:

Art. 206. Dissolve-se a companhia:
[...]

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.

11 BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial – CLBR*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 18 set. 1939. Parcialmente revogado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Não obstante os dispositivos legais então vigentes não contemplarem expressamente a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima, tal instituto jurídico foi construído pela doutrina e jurisprudência, com base no princípio da preservação da empresa. A esse respeito, vale transcrever o seguinte registro de Fábio Ulhoa Coelho:

Aliás, a dissolução total e a liquidação da sociedade, muitas vezes, não atendiam nem mesmo os próprios sócios, que eram os sujeitos diretamente envolvidos no conflito. Àquele que desejava desligar-se da sociedade, por não mais acreditar na atividade desenvolvida (pretendendo, então, dar a seu investimento outro destino) ou por não mais querer prolongar o relacionamento com os demais sócios, não servia a dissolução total. A sociedade próspera tem mais condições de pagar o reembolso das quotas quantificado na apuração de haveres, que a liquidada. E, evidentemente, os demais sócios, que pretendiam continuar vinculados à sociedade, não tinham nenhum interesse na dissolução total. Com este fundamento, então, a jurisprudência acabou erguendo o instituto da dissolução parcial¹².

Posteriormente, com a edição do Código de Processo Civil de 2015¹³ (CPC/2015), a lei processual passou a prever a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima fechada, nos seguintes termos:

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

I – a resolução da sociedade empresária contratual

12 COELHO, Fábio Ulhoa. A ação de dissolução parcial de sociedade: trata do projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, Brasília, n. 190, t. 2, p. 141-155, abr./jun. 2011, p. 143-144.

13 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

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.
[...]

§ 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.

Com efeito, o CPC/2015 inovou no tratamento da matéria, uma vez que o artigo 206, II, b, da Lei das S.A., como já comentado, refere-se apenas à hipótese de dissolução total da sociedade, no caso específico de não ser possível preencher o seu fim social.

Em síntese, pode-se afirmar que a dissolução parcial de sociedade corresponde a construção interpretativa, por meio da qual se afasta a dissolução total, de modo a promover a saída de determinado sócio, com o pagamento de seus haveres e a consequente manutenção da sociedade com os demais sócios¹⁴.

Apresentado breve retrospecto acerca do tratamento legal conferido à matéria, cumpre analisar se a ruptura da *affectio societatis*

14 Segundo João Luiz Lessa Neto, “possibilitar a dissolução apenas parcial da sociedade anônima fechada é, na verdade, privilegiar a preservação da empresa, com a saída de um ou mais acionistas, pode, em determinados casos, ser possível a reestruturação do negócio a entrada de um investidor, em suma, viabilizar a contibuidade da empresa, com os benefícios para os sócios, a sociedade e para comunidade como um todo daí decorrentes” (LESSA NETO, João Luiz. A ação de dissolução parcial de sociedades no novo Código de processo civil: algumas anotações. In: Didier Jr., Fredie; Freire, Alexandre; MACÊDO, Lucas; Peixoto, Ravi. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 452).

configura hipótese de não preenchimento do “fim social” para deflagração de hipótese de dissolução parcial de sociedade anônima.

A esse respeito, Helder Moroni Câmara anotou que:

[T]ratando-se de sociedade anônima de capital fechado, igualmente será possível o manejo da ação de dissolução parcial conforme previsto no §2º do artigo de lei ora em análise, deixando o legislador em aberto as hipóteses de cabimento em tal hipótese, já que, ao remeter o intérprete ao conceito do ‘não preenchimento do seu fim’, está a admitir uma miríade de situações ensejadoras da ação, mormente em se tratando da quebra da *affectio*¹⁵.

Na mesma linha, cabe destacar o seguinte registro de Armando Rovai e Paulo Sérgio Nogueira Salles Jr.:

Do ponto de vista histórico e cronológico, cumpre, ainda, esclarecer que, há tempos atrás, a dissolução parcial da sociedade era aplicada somente nas sociedades pessoais, por quebra da *affectio societatis*, algo hoje superado, tendo em vista o hibridismo da sociedade limitada e sua faceta empresarial que conjuga os elementos que formam os fatores de produção, dessarte, responsável para sua organicidade. Inclusive, cabe aqui dizer que diante do natural dinamismo das relações negociais, o assunto evoluiu de tal modo que atualmente admite-se até a dissolução parcial da sociedade anônima fechada, *intuitu personae*, conforme previsto no Novo Código de Processo Civil¹⁶.

Tal entendimento, no entanto, não é unânime na doutrina. Há

15 CÂMARA, Helder Moroni. Da ação de dissolução parcial de sociedade. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo código de processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 932.

16 ROVAI, Armando; SALLES JR., Paulo Sérgio Nogueira. Dos novos paradigmas da ação de dissolução parcial de sociedade e a necessidade de uniformização das decisões judiciais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 75, ano 20, p. 117-128, jan./mar. 2017, p. 119-120.

autores que entendem que a quebra da *affectio societatis* não é motivo que justifique a dissolução parcial de sociedade anônima. Nessa linha, veja-se o entendimento de Paulo Penalva Santos:

[...] admitir dissolução parcial da companhia por quebra da *affectio societatis* significa conferir ao acionista minoritário o que a lei proíbe ao acionista controlador, ou seja, poder de promover a liquidação de companhia próspera. É evidente que o risco de inviabilizar a companhia é muito maior na dissolução parcial do que na retirada do acionista, porque a LSA permite que a Assembleia Geral reconsidere a deliberação que permitiu o direito de retirada, se entender que o pagamento do preço de reembolso aos acionistas dissidentes compromete a viabilidade econômica e financeira da companhia¹⁷.

Nesse mesmo sentido, Nelson Eizirik registrou que:

Não existe fundamento jurídico para a chamada 'dissolução parcial' da sociedade por ações, por rompimento da *affectio*, ou por qualquer outra causa, quaisquer que sejam as suas características, pelas seguintes razões: (i) a companhia é, em princípio, uma sociedade de capitais cujo intuito é o lucro, não tendo relevância as qualidades pessoais do acionista, mas apenas sua contribuição ao capital social; (ii) as causas para dissolução são unicamente aquelas taxativamente previstas no dispositivo legal, que não cogita da dissolução parcial; (iii) a noção da *affectio* é vaga, podendo dar margem a diferentes conclusões, a depender da interpretação do magistrado; (iv) a Lei das S.A. disciplina as hipóteses em que o acionista dissidente pode retirar-se da companhia, mediante o exercício do direito de recesso; (v) a dissolução parcial, sob a justificativa da preservação da empresa, constitui medida que pode causar efeito contrário,

17 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, p. 1.334.

ao operar a descapitalização, sendo injusta com os acionistas que permanecem; e (iv) ainda que não prevista em lei, é mais benéfica para o acionista retirante do que a medida – esta sim legal – do direito de recesso, pois os tribunais têm determinado o cálculo dos haveres não com base no patrimônio líquido contábil, mas mediante apuração de seu valor real e presente¹⁸.

Na literatura especializada, percebe-se também a presença de posicionamento intermediário, como o de Carlos Klein Zanini, para quem:

[...] a quebra da *affectio societatis* por si só não caracteriza a impossibilidade de a companhia preencher o seu fim. A quebra da *affectio societatis* seria como que uma espécie de sintoma a exigir maiores investigações. Isoladamente, não tem o condão de caracterizar a hipótese dissolutória que autoriza a dissolução. Contudo, outros elementos – que muito frequentemente a acompanham –, podem perfeitamente caracterizar a impossibilidade de a companhia preencher o seu fim¹⁹.

À luz de todos os posicionamentos acima referidos, pode-se concluir que há argumentos razoáveis para se sustentar que a verificação de desentendimento grave e irremediável entre acionistas de companhia fechada configura hipótese de dissolução parcial com fundamento no artigo 599, §2º, do CPC/2015.

Registre-se que, mesmo quando da existência de previsão legal apenas para a dissolução total, já era recorrente a utilização do

18 EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, v. III, p. 161-162. No mesmo sentido, v. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. II, p. 491-492; FRANCO, Vera Helena de Mello. Parecer. Dissolução e dissolução parcial, pedido de dissolução parcial de sociedade anônima como sucedâneo para o recesso, inadmissibilidade, interpretação e aplicação do disposto na norma do art. 206, II, b. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 159/160, p. 317-343, jul./dez. 2011, p. 341.

19 ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 226.

argumento da quebra da *affectio societatis* para atingir a dissolução parcial de sociedade anônima, o que vem sendo reconhecido pelo Judiciário, conforme se demonstrará mais adiante.

Não pode o acionista, contudo, requerer a dissolução parcial em função de qualquer divergência. O fato concreto que viabiliza essa hipótese é bem distinto de mero desentendimento, aborrecimento passageiro ou divergência momentânea. Ao revés, trata-se de situação grave, forte e irremediável, capaz de colocar a sociedade e seus sócios em estado de desgaste extremo²⁰.

Sobre esse particular, Sérgio Campinho anotou que:

[A] evolução dos fatos sociais vem conduzindo à necessidade de se admitir a visualização, em certas estruturas de sociedades anônimas com capital fechado, de um caráter personalista a fundamentar sua criação e dinâmica na exploração do objeto social. Não são raros os casos em que se identifica a figura dos sócios, nestas sociedades, como elemento fundamental e preponderante da formação societária. Elas vivem e progridem atreladas à qualidade pessoal dos sócios que integram o quadro de acionistas, sendo determinante, dentre outros fatores, o conhecimento e confiança recíprocos, a capacitação de todos os membros para o negócio, o escopo de gerar e manter a riqueza circunscrita a um grupo fechado etc. Exemplos concretos desse fenômeno são as sociedades ditas familiares, inacessíveis a estranhos, cujas ações circulam entre os poucos acionistas que a compõem. São elas, assim, formadas *cum intuitu personae*, pois o *animus* que se requer dos sócios não é apenas material, mas fundamentalmente pessoal.

Constatada essa situação, reunindo a companhia fechada a condição de sociedade *intuitu personae*, pode ela ser dissolvida, e de forma parcial, quando se verificar que ruptura da *affectio societatis* é impeditiva para que a sociedade alcance ou

20 ZANINI, loc. cit.

preencha o seu fim. A desinteligência grave e irremediável entre seus acionistas, mormente se implicar o embaraço ou a estagnação das atividades sociais, constitui-se em causa determinante para o desfazimento do vínculo societário. E, nessas hipóteses especiais, nada impede que a dissolução pretendida se realize de forma parcial²¹.

Acresça-se que a caracterização de não preenchimento do fim social não precisa estar necessariamente associada a quadro de prejuízo. Ou seja, nada impede que a impossibilidade do preenchimento do fim social ocorra em um cenário de prosperidade.

Como se sabe, toda sociedade anônima possui, como fim mediato, a obtenção de lucro; e, como fim imediato, a atividade econômica desempenhada. Quando se está diante da ausência de lucros, constata-se a impossibilidade de preenchimento do fim mediato da companhia, fato que possibilita, por si só, o requerimento da dissolução parcial da sociedade com amparo no artigo 599, §2º, do CPC/2015. Contudo, a finalidade da companhia não se esgota nesse ponto. Justamente por isso, o desentendimento grave e irremediável entre os acionistas também pode ensejar isoladamente a dissolução parcial, ainda que a companhia esteja gerando lucros.

Tal possibilidade, no entanto, apenas se compatibiliza com as companhias fechadas que, de fato, estejam marcadas pela convivência de pessoas conhecidas entre si, que possuam vínculos de parentesco ou guardem relacionamento próximo, amparado em pilares de confiança recíproca, atributos pessoais e capacitação para o negócio explorado pela sociedade.

Apresentados os aspectos relevantes da disciplina jurídica da dissolução parcial, passa-se a examinar o entendimento do Judiciário sobre a matéria, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de dissolução parcial de companhia fechada com fundamento na quebra da *affectio societatis*.

21 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 448-449.

4. Análise jurisprudencial.

Como já exposto, a dissolução parcial de companhia fechada vem sendo admitida no âmbito do Judiciário. Ao longo dos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça – STJ amadureceu seu entendimento sobre a possibilidade ou não de dissolução parcial de sociedade anônima familiar²². Até 2007, o tribunal superior posicionava-se no sentido de que, além da ruptura da *affectio societatis*, era necessária a conjugação da não distribuição de dividendos por longo período, para que se justificasse a dissolução parcial de sociedade anônima²³.

A partir de 2007, o STJ passou a admitir a dissolução parcial de companhia fechada com fundamento exclusivo na quebra da *affectio societatis*. O novo posicionamento do tribunal foi inaugurado pelo o julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 111.294/PR, cuja ementa é abaixo transcrita:

[...] DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE.
[...]

III – É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (*intuitu pecuniae*), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 171.354/SP. Terceira Turma. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 16 nov. 2000. Data de Publicação: 05 fev. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 182.699/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data de Julgamento: 16 nov. 2000. Data de Publicação: 22 mai. 2000; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 34.120/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Dias Trindade. Data de Julgamento: 26 mar. 1993. Data de Publicação: 14 jun. 1993.

23 Vide, por todos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 111.294/RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Data de Julgamento: 19 set. 2000. Data de Publicação: 28 mai. 2001.

sócios não tem papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuitu personae*. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocada querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas. Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, “b”, da Lei nº 6.404/76, já 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. A regra da dissolução total, nessas hipóteses, em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, preocupação, inclusive, da nova Lei de Sências – Lei nº 11.101/05, que substituiu o Decreto-lei nº 7.661/45, então vigente, devendo-se permitir, pois, a dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo. A solução é a que melhor concilia o interesse individual dos acionistas retirantes com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, para evitar a descontinuidade da empresa, que poderá prosseguir com os sócios remanescentes. Em-

bargos de divergência improvidos, após rejeitadas as preliminares²⁴.

Nesse sentido, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 419.174/SP, o Ministro Relator destacou que a inexistência de lucros ou a não distribuição de dividendos não foram consideradas condicionantes da dissolução parcial por ocasião do julgamento do EREsp nº 111.294/PR, embora tal circunstância estivesse presente naquele caso. Reiterou-se, assim, o posicionamento do *leading case*, nos seguintes termos:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FAMILIAR. DISSOLUÇÃO PARCIAL. INEXISTÊNCIA DE *AFFECTIO SOCIETATIS*. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA.

I. A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*.

II. Embargos conhecidos e providos, para julgar procedente a ação de dissolução parcial²⁵.

Além dos referidos precedentes, o STJ proferiu outras decisões desde 2007, todas confirmando o entendimento de que a disso-

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 111.294/PR. Segunda Seção. Relator: Min. Castro Filho. Data de Julgamento: 28 jun. 2006. Data de Publicação: 10 nov. 2007.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174/SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Segunda Seção. Brasília. Data de Julgamento: 28 maio 2008. Data de Publicação: 4 ago. 2008. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.079.763/SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília. Data de julgamento: 25 ago. 2009. Data de Publicação: 5 out. 2009; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.079.763/SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Brasília. Data de Julgamento: 25 abr. 2012. Data de Publicação: 6 set. 2012.

lução parcial de sociedade anônima fechada em que impera o *intuitu personae* é admissível quando houver o desaparecimento da *affectio societatis* entre os sócios²⁶. Esse posicionamento foi mais uma vez bem explicado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 1.128.431/SP:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO POR ACIONISTAS MAJORITÁRIOS. POSSIBILIDADE.

1. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da *affectio societatis*, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Precedentes.

2. Se o legislador autorizou os acionistas majoritários a pleitearem a dissolução total da sociedade – hipótese que leva à liquidação da empresa, com a saída de todos os sócios, inclusive os minoritários – está admitida também a sua dissolução parcial. Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a forma de exploração do objeto social.

26 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.013.095/RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo Filho. Data de Julgamento: 22 jun. 2010. Data de Publicação: 02 ago. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 917.531/RS. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 17 nov. 2011. Data de Publicação: 01 fev. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.303.284/PR. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 16 abr. 2013. Data de Publicação: 13 mai. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1321263/PR. Terceira Turma. Relator: Min. Moura Ribeiro, Data de Julgamento 06 dez. 2016. Data de Publicação: 15 dez. 2016; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1400264/RS. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 24 out. 2017. Data de Publicação: 30 out. 2017.

3. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade *intuitu personae* com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa.

4. Recurso especial não provido²⁷.

Confira-se o seguinte trecho do voto proferido pela Relatora:

Essa circunstância de os acionistas estarem reunidos em torno de interesses convergentes torna a harmonia entre eles imprescindível à operacionalidade da empresa. Em outras palavras, o regular desenvolvimento da atividade empresarial se mostra umbilicalmente atrelada à manutenção da *affectio societatis*, isto é, na confiança recíproca entre os sócios, de modo que o desentendimento entre eles, conforme o grau, inviabiliza o negócio. Assim, a ruptura da *affectio societatis* equipara-se à impossibilidade da sociedade preencher seu fim, prevista no art. 206, II, “b”, da Lei nº 6.404/76, como causa suficiente para a dissolução.

No âmbito dos tribunais estaduais, proliferam julgados que tratam do tema, sendo possível verificar decisões tanto contrárias quanto favoráveis à admissibilidade da dissolução parcial das companhias fechadas, com base em diferentes fundamentos. Os argumentos que fundamentam os acórdãos contrários à dissolução parcial foram resumidos por Máira de Melo Vieira, da seguinte forma:

Dentre as decisões dos tribunais estaduais que entendem inadmissível a aplicação do instituto da

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.128.431/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília. Data de julgamento: 11 out. 2011. Data de Publicação: 25 out. 2011.

dissolução parcial às sociedades anônimas, são três os argumentos centrais utilizados para sustentar esta tese [...]: (i) a absoluta incompatibilidade do instituto da dissolução parcial com as sociedades anônimas; (ii) a taxatividade das hipóteses de dissolução das companhias previstas pelo art. 206 da Lei n. 6.404/76; e (iii) a taxatividade das hipóteses de recesso de acionista previstas no art. 137 daquele diploma legal, apurados os haveres do dissidente na forma do art. 45 da lei acionária.²⁸

Por outro lado, há diversas decisões proferidas por tribunais estaduais favoráveis à aplicação do instituto da dissolução parcial às sociedades anônimas. Destas, muitas admitem a dissolução parcial com fundamento na quebra da *affectio societatis*, seguindo o raciocínio do STJ²⁹.

Dentre eles, destaca-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual o Des. Ênio Zuliani, em voto extremamente didático, registrou que:

Nessa diretriz, percebe-se que em determinadas

28 VIEIRA, Maíra de Melo. *Dissolução parcial de sociedade anônima* – construção e consolidação no direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 238-239.

29 Nesse sentido, vejam-se: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0005018-36.2012.8.26.0663. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Campos Mello. Data de Julgamento: 11 out. 2016. Data de Publicação: 14 out. 2016; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0120844-92.2008.8.26.0100. Quarta Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relator: Des. Luiz Ambra. Data de Julgamento: 14 out. 2014. Data de Publicação: 20 out. 2014; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1007338-04.2014.8.26.0071. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Campos Mello. Data de Julgamento: 01 jul. 2015. Data de Publicação: 06 jul. 2015; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1021367-06.2013.8.26.0100. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Tasso Duarte de Melo. Data de Julgamento: 01 jul. 2014. Data de Publicação: 01 jul. 2014; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0492047-37.2011.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho. Data de Julgamento: 12 jul. 2017. Data de Publicação: 14 jul. 2017; e RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0015915-34.2004.8.19.0038. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Leila Albuquerque. Data de Julgamento: 07 ago. 2012. Data de Publicação: 09 ago. 2012.

situações, a jurisprudência admite a ‘dissolução parcial’ da sociedade, isto é, vem sufraga, como legítimo, exercício do direito de retirada pelos acionistas, independentemente de motivo legal. Essa a melhor solução para a hipótese dos autos, não sendo legítimo que se obrigue o acionista a vender, por preço não condizente com o mercado, as suas ações (o que fatalmente será obrigado a realizar para se afastar de vez) ou mantê-lo preso ao vínculo que não mais deseja, contrariando, assim, o disposto no art. 5º, XX, da CF, que diz: ‘ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado’ [...] No caso dos autos, os réus admitem que a sociedade é de capital fechado, possuindo caráter *intuitu pecuniae*; contudo, não há dúvidas que a sociedade foi criada em 1955 pelos Irmãos Mário Abílio e Flávio Luchini e que passados quase 60 anos jamais foi admitida na sociedade pessoa que não tivesse vínculo de parentesco com os fundadores da empresa, inicialmente constituída pelos irmãos e, posteriormente, por seus filhos e seus netos. Assim, a sociedade em questão é indubitavelmente uma sociedade anônima familiar de cunho *intuitu personae*, ressaltando-se que os títulos da empresa nunca foram colocados em negociação mediante oferta pública em bolsa de valores ou em mercado balcão, de forma que inexistente livre circulação das ações, as quais nunca foram colocadas em negociação com estranhos alheios ao círculo familiar. Deste modo e tendo em vista que a função precípua do Poder Judiciário é pacificar os conflitos sociais, encontrando uma solução justa e não simplesmente aplicar a lei, além da confirmação de que a sociedade em questão foi constituída com base na afeição e confiança, valores que, uma vez rompidos ou desfeitos, inviabilizam o desenvolvimento regular das atividades e a finalidade do lucro, parece recomendável que se permita a dissolução parcial da sociedade anônima Irmãos Luchini S/A., mantido o afastamento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido³⁰.

30 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2040069-89.2013.8.26.0000. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Ênio Zuliani. Data de Julgamento: 05 dez. 2013. Data de Publicação: 13 dez. 2013.

No mesmo sentido, não obstante tenha indeferido o recurso por entender não haver real ruptura da *affectio societatis* no caso concreto, o relator de apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, entendeu que:

A despeito da divergência doutrinária acerca da dissolução parcial das sociedades anônimas de capital fechado, em virtude da falta de previsão legal na lei das sociedades anônimas (Lei 6.404/76), entendendo ser possível a dissolução parcial – posição também adotada pela jurisprudência – levando em consideração a função social da empresa, evitando dissolvê-la totalmente e equacionando os interesses gerais, quais sejam da coletividade, dos sócios e da própria sociedade [...] O desaparecimento da *affectio societatis* pressupõe a existência de uma insuperável divergência entre acionistas. Assim, muito embora a negativa por parte da apelada acerca da informação pretendida pela apelante tenha sido motivada por uma interpretação muito restritiva do § 1º, do art. 100, da Lei 6.404/76 (pois a apelada deixou de considerar os direitos da apelante enquanto acionista), não é, por si só, suficiente para demonstrar divergência irreversível entre elas³¹.

Apresentado o panorama do entendimento do Judiciário sobre a matéria, proceder-se-á ao exame dos aspectos processuais da dissolução parcial de companhia fechada por quebra da *affectio societatis*.

5. Aspectos processuais da dissolução parcial de companhia fechada.

Adotando a posição já sedimentada no Judiciário, o CPC/2015 estabelece que a ação de dissolução parcial de sociedade pode ter

31 ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo. Apelação nº 0004730-28.2014.8.08.0014. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Simões Fonseca. Data de Julgamento: 21 jun. 2016. Data de Publicação: 29 jun. 2016.

por objeto também a sociedade anônima de capital fechado, quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem 5% ou mais do capital social, que a sociedade não pode mais cumprir o seu fim, nos termos do seu artigo 599, § 2º.

O procedimento da ação de dissolução parcial de sociedade é composto por duas fases: uma inerente à decretação da dissolução e outra destinada à apuração de haveres. Tratam-se de questões distintas, mas que são cognoscíveis no mesmo processo.

Na fase dissolutiva será discutida a existência de razão para a dissolução da sociedade. Se houver, o juiz decretará a dissolução por sentença. Já na fase de apuração de haveres, será quantificado o valor correspondente aos haveres a serem pagos ao sócio que deixar de compor o quadro social.

A respeito do valor da causa, Erasmo Valladão e Marcelo von Adamek destacam que “[n]a ação de dissolução parcial de sociedade, tem-se entendido, por aplicação da regra hoje prevista no artigo 292 do CPC/2015, que à causa deve ser atribuído valor correspondente ao valor da participação do sócio ou, no caso de simples apuração, o benefício econômico almejado”³².

Tal aspecto é altamente relevante para a decisão de ajuizamento ou não da ação de dissolução, uma vez que, na hipótese de a ação ser julgada improcedente, a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência terá como parâmetro o valor da causa.

Na ação proposta para a decretação da dissolução, os demais sócios serão citados e poderão (i) concordar com o pedido de dissolução ou (ii) contestar a ação em quinze dias úteis.

Havendo expressa concordância de todas as partes, o juiz decretará, de imediato a dissolução da sociedade, como dispõe o artigo

32 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Da ação de dissolução parcial da sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 29.

603 do CPC/2015, isentando o autor e réus de honorários de sucumbência e rateando-se as custas segundo as respectivas participações no capital social (artigo 603, §1º)³³. O pronunciamento judicial, neste caso, consiste em decisão interlocutória de mérito impugnável por agravo de instrumento.

Se algum sócio contestar, será observado o procedimento comum até o proferimento de sentença, nos termos do artigo 603, §2º, do CPC/2015.

Determinada por sentença a dissolução parcial da sociedade, iniciar-se-á a fase da apuração dos haveres, observado o procedimento especial. No início dessa fase, o juiz deverá proferir decisão que definirá as diretrizes da apuração de haveres, de modo a (i) fixar a data em que ocorreu a resolução da sociedade; (ii) definir os critérios para a apuração dos haveres; e (iii) nomear o perito.

Note-se que a fixação da data de resolução é fundamental para estabelecer o dia que será considerado para o levantamento de balanço especial (ou determinação) para fins de apuração de haveres, de modo que possa ser identificado adequadamente o valor devido ao ex-sócio. A eventual oscilação positiva ou negativa da situação patrimonial da sociedade, após a data da dissolução, será irrelevante para fins de determinação dos haveres devidos.

Em razão da complexidade da elaboração do balanço de determinação (perícia) e apuração do preço de saída, essa prova técnica deverá ser produzida preferencialmente por especialista em avaliação

33 A esse respeito, João Luiz Lessa Neto esclarece que: “A lei estabelece uma sanção premial para a hipótese de não ser oferecida contestação na fase dissolutiva: não haverá pagamento de honorários advocatícios e as custas serão rateadas entre as partes, conforme a participação de cada um no capital social da sociedade. Há um incentivo para que não seja apresentada contestação. Se for este o caso, nenhuma das partes terá de arcar individualmente com os ônus da sucumbência” (LESSA NETO, João Luiz. A ação de dissolução parcial de sociedades no novo Código de processo civil: algumas anotações. In: Didier Jr., Fredie; Freire, Alexandre; MACÊDO, Lucas; Peixoto, Ravi. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 458).

de sociedades, conforme determina o artigo 606, parágrafo único, do CPC/2015.

Sobre o tema, José Eduardo Carreira Alvim explica que:

O balanço de determinação é uma demonstração contábil feita por perito em contabilidade, indicado pelo juízo, para a data do evento que ensejou a apuração de haveres da sociedade em favor do sócio retirante, ou excluído, ou dos sucessores de sócio falecido. Essa demonstração contábil reflete os valores dos ativos e passivos a valores líquidos de realização, ou seja, a preços de saída (ou valores de saída) à medida que o juiz, no processo de dissolução de sociedade determina que a apuração de haveres resulte da avaliação do acervo patrimonial a preços de mercado, da forma mais ampla, com a inclusão do aviamento³⁴.

Considerando que o perito levará em conta a data da resolução da sociedade e o critério de apuração de haveres estabelecido pelo juiz, se antes do início da perícia surgirem novos elementos que possam influir nesses dois requisitos, o juiz poderá, a requerimento de qualquer das partes, revisar a data ou os critérios, nos termos do artigo 607 do CPC/2015.

Apresentado o laudo pericial, após serem dele intimadas, as partes poderão impugná-lo no prazo comum de quinze dias. Havendo impugnação ou, ainda, dúvida ou divergência apontada (inclusive pelo juiz), o perito deverá, em igual prazo, prestar os devidos esclarecimentos. Persistindo a necessidade de esclarecimentos complementares pelo perito ou assistente técnico, a parte interessada requererá sua intimação para, em audiência, responder às perguntas formuladas sob a forma de quesitos.

34 ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação de dissolução parcial de sociedade. In: ALVIM, Thereza Arruda. *O novo Código de processo civil brasileiro*: estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. São Paulo: Forense, 2015, p. 527.

Superada a fase pericial e arbitrado pelo juiz o valor devido ao ex-sócio, após o trânsito em julgado da sentença, a sociedade deverá pagar, em dinheiro, no prazo de noventa dias, o valor apurado, ressaltado acordo das partes ou estipulação contratual em sentido contrário (artigo 609 do CPC/2015). Não efetuado o pagamento no prazo, proceder-se-á, a requerimento do ex-sócio credor, à execução da sentença.

6. Conclusão.

Considerando todo o exposto ao longo deste artigo, pode-se concluir que:

(i) o acionista de companhia fechada possui, em tese, três maneiras de, voluntariamente, deixar de integrar o quadro de sócios de tal sociedade: (a) cedendo suas ações para terceiro; (b) exercendo o direito de recesso (retirada) nas hipóteses expressamente previstas na lei; ou (c) requerendo judicialmente a dissolução (total ou parcial) da referida sociedade, com a consequente apuração e pagamento de seus haveres;

(ii) pode-se afirmar que a dissolução parcial de sociedade corresponde a construção interpretativa, por meio da qual se afasta a dissolução total, de modo a promover a saída de determinado sócio, com o pagamento de seus haveres e a consequente manutenção da sociedade com os demais sócios;

(iii) o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima fechada em seu art. 599, § 2º;

(iv) nas chamadas “sociedades de pessoas” há preponderância do caráter *intuitu personae* e, consequentemente, da *affectio societatis*, que pode ser definida como elemento volitivo que liga os sócios entre si e à sociedade;

(v) pode-se concluir que há argumentos razoáveis para se sustentar que a verificação de desentendimento grave e irremediável entre acionistas de companhia fechada configura hipótese de dissolução parcial com fundamento no artigo 599, §2º, do CPC/2015;

(vi) não pode o acionista, contudo, requerer a dissolução parcial em função de qualquer divergência. O fato concreto que viabiliza essa hipótese é bem distinto de mero desentendimento, aborrecimento passageiro ou divergência momentânea. Ao revés, trata-se de situação grave, forte e irremediável, capaz de colocar a sociedade e seus sócios em estado de desgaste extremo;

(vii) até 2007, o STJ posicionava-se no sentido de que, além da ruptura da *affectio societatis*, era necessária a conjugação da não distribuição de dividendos por longo período, para que se justificasse a dissolução parcial de sociedade anônima;

(viii) a partir de 2007, o STJ passou a admitir a dissolução parcial de companhia fechada com fundamento exclusivo na quebra da *affectio societatis*;

(ix) o STJ proferiu outras decisões desde 2007, todas confirmando o entendimento de que a dissolução parcial de sociedade anônima fechada em que impera o *intuitu personae* é admissível quando houver o desaparecimento da *affectio societatis* entre os sócios;

(x) no âmbito dos tribunais estaduais é possível verificar decisões tanto contrárias quanto favoráveis à admissibilidade da dissolução parcial das companhias fechadas, com base em diferentes fundamentos; e

(xi) é possível afirmar que a dissolução parcial de companhia fechada com base na quebra da *affectio societatis* encontra ampla aceitação no âmbito do Judiciário, embora sofra críticas por parte da doutrina.

ANÁLISE COMPARADA DOS TIPOS CONTRATUAIS DE CONCESSÃO COMERCIAL E DE FRANQUIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: A BUSCA PELA DELIMITAÇÃO DA MIRÍADE LEGISLATIVA¹

A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CONTRACTS OF COMMERCIAL DISTRIBUTION AND FRANCHISE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE SEARCH FOR THE DELIMITATION OF THE APPLICABLE LEGAL

André Brandão Nery Costa

Resumo: O artigo examina em perspectiva comparada os tipos contratuais de distribuição e de franquia no ordenamento brasileiro. Este apresenta algumas peculiaridades ao disciplinar tais contratos. Existe dúvida sobre a tipificação do contrato de distribuição, que, para alguns, teria sido previsto com o Código Civil de 2002. Ainda, a sua subespécie, o contrato de concessão comercial de veículos automotores terrestres, foi prevista por lei da década de setenta. Para completar o quadro, o contrato de franquia empresarial também se encontra tipificado, com definição legal divergente daquela normalmente atribuída pela prática comercial. Diante desse complexo quadro legal, serão definidos os limites da aplicação das normas referidas e como pode ser promovida a sua harmonização.

Palavras-chave: Contrato de distribuição. Contrato de franquia. Tipo contratual.

¹ Artigo recebido em 19.04.2018 e aceito em 26.10.2018.

Abstract: The article examines the contractual types of commercial distribution and franchise in the Brazilian legal system, which rules these contracts in a peculiar way. There is still doubt about the typification of the distribution agreement with the Civil Code of 2002. Also, its subspecies, the contract of distribution of automotive vehicles, was typified by law during the seventies. To complete the picture, the franchise agreement is also disciplined, with a legal definition that differs from the one usually attributed by commercial practice. Faced with this complex legal framework, the limits of the application of the referred rules will be defined and how their harmonization can be promoted.

Keywords: Distribution agreement. Franchise agreement. Contract type.

Sumário: 1. Introdução. 2. A diferenciação dos interesses nos tipos contratuais de concessão comercial e de franquia em comparação com os tipos de agência e de representação comercial autônoma. 3. A caracterização do tipo contratual de distribuição. 3.1. O contrato de distribuição (ou agência-distribuição) do Código Civil. 3.2. O contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. 4. O tipo do contrato de franquia. 5. Síntese conclusiva.

1. Introdução.

O contrato de distribuição,² um dos instrumentos contratuais mais utilizados para a operacionalização do sistema de distribuição

2 O presente texto usa indistintamente os termos distribuição, de maior difusão na doutrina, e concessão comercial, adotado pela Lei nº 6.729/1979, que disciplina o contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. As partes do contrato denominam-se, no primeiro caso, produtor e distribuidor. Como recomendado por autorizada doutrina (cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 464), as denominações concessionário e concedente serão evitadas. Elas possuem outros conceitos jurídicos, o que torna necessário o seu uso em menor frequência e assegurado de clareza contextual.

vertical integrado, não se encontra disciplinado em lei.³ A construção dessa figura contratual foi moldada pela prática mercantil reiterada, o que pautou a consciência dos operadores jurídicos da existência de contrato com determinada configuração. Existe diversidade de figuras próximas a esse contrato. O contrato de franquia⁴ apresenta diversos elementos similares ao contrato de distribuição, o que torna a sua diferenciação assaz difícil. O tipo contratual de agência e representação comercial autônomo,⁵ também empregados no processo de distribuição, são comparados aos tipos antes indicados.

Não existe disciplina completa e sistemática a respeito dos contratos responsáveis por permitir a realização do processo de distribuição integrado. O contrato de distribuição não possui regulamentação específica, exceto do seu subtipo, o contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. O contrato de franquia possui no ordenamento brasileiro disciplina legislativa, mas não é regulado minuciosamente por ela.

A proximidade das características desses contratos, voltados à mesma finalidade de promover a distribuição de produtos e serviços, aliada à inexistência de disciplina completa e sistemática, instigou a doutrina, sobretudo estrangeira, à elaboração de classificação unitária de tais contratos. Eles se agrupariam como contratos de distribuição.

3 Existe, todavia, entendimento doutrinário no sentido de que o Código Civil, ao regulamentar o tipo contratual de agência e distribuição, previsto nos arts. 710 a 721, teria conferido uma disciplina geral ao contrato de concessão comercial. Essa discussão será abordada no item 2.1.

4 Esse contrato será tratado no capítulo 3. Em resumo, trata-se de contrato de origem americana, também denominado contrato de *franchising*, tendo como objetivo a transmissão de fórmula empresarial a ser empregada de acordo com as instruções e sob supervisão da contraparte. A Lei nº 8.955/1994 disciplina o contrato de franquia empresarial. Essa legislação apresenta algumas peculiaridades, a serem expostas e debatidas ao longo do presente texto, especialmente no item mencionado.

5 Em trabalho ainda não publicado pelo autor (“Efeitos legais do conflito tipológico entre o contrato de agência e de representação comercial autônoma”), defende-se a identidade dos tipos contratuais de agência e de representação comercial autônoma; por isso, o seu tratamento no presente artigo será em conjunto, bem como um será usado de maneira intercambiável com o outro.

Esse tratamento unitário permitiu a introdução de relevantes questões na discussão doutrinária, como se verificou com as importações da perspectiva do ordenamento americano na obra de Roberto Pardolesi, *I contratti di distribuzione*.⁶ Em Portugal, após auxiliar a elaboração do projeto de legislação sobre o contrato de agência, António Pinto Monteiro também tratou dessa categoria na obra *Contratos de distribuição comercial*.⁷

Especialmente no país lusitano, o sucesso desse tratamento em conjunto decorre da possibilidade de utilizar o regime do contrato de agência aos demais tipos contratuais.⁸ O tratamento analógico de suas disposições aos demais contratos é amplamente aceito em doutrina⁹ e em jurisprudência.¹⁰ Ainda que normas possam ser aplicadas dessa maneira, é necessário verificar, minuciosamente, os elementos individualizantes de cada contrato, sob pena de aplicar equivocadamente a disciplina legal.¹¹ Em relação ao direito brasileiro, além de

6 Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*. Nápoles: Jovene, 1979.

7 Cf. MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.

8 Com a centralidade do contrato de agência no ordenamento português, a doutrina, nas palavras de Fernando Pinto, elevaria o dever de promoção negocial a centro de gravidade de todos os contratos que realizam a distribuição integrada (PINTO, Fernando Ferreira. *Contratos de Distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 97).

9 Menezes Cordeiro. *Direito Comercial*. Almeida: Coimbra, 2012, p. 745; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 315. Entretanto, a aplicação analógica não pode ser compreendida como a simples extensão das disposições do contrato de agência aos demais. António Pinto Monteiro, por exemplo, indica diversos requisitos para a aplicação analógica dos contratos de distribuição, especialmente destinados a examinar a finalidade da norma (MONTEIRO, op. cit., p. 62).

10 A indicação da jurisprudência é enumerada por PINTO, op. cit., p. 97.

11 Existem críticas à postura de aplicação analógica da disciplina do contrato de agência aos demais contratos de distribuição. Fernando Pinto critica a hegemonia atribuída ao regime do contrato de agência e a simplificação da análise conduzida, especialmente na pouca aderência à realidade na identificação do contrato de franquia e concessão comercial com a promoção das atividades da contraparte e no tratamento unitária das modalidades de retribuição de tais

possuir peculiaridades em sua legislação, não existe difusão de entendimento, seja doutrinário,¹² seja jurisprudencial,¹³ destinado a eleger determinado regime legal a ser aplicados aos demais. Essa circunstância e as críticas elaboradas contra o posicionamento no direito português permitem concluir pela inconveniência, no direito brasileiro, da tentativa de elaborar no direito brasileiro a categoria dos contratos de distribuição.¹⁴

O quadro normativo descrito impõe acurada análise da sua articulação para trazer luz sobre as múltiplas relações entre as disciplinas legislativas, evitando confusões a respeito do campo de atuação de cada uma. É necessário também, para esse trabalho, estabelecer os contornos de cada contrato, mesmo que não seja tipo legalmente disciplinado. Com esses objetivos, o artigo focalizará nas relações entre o contrato de distribuição, seu subtipo, assim como o contrato de franquia, que, com eles, compartilha inúmeros elementos de identificação. Antes, porém, de examiná-los, impõe-se o estudo da diferenciação deles dos tipos contratuais de agência e de repre-

contratos (PINTO, op. cit., p. 94-98). Essas diferenças entre os tipos contratuais emergirão ao longo do presente artigo, que busca distinguir esses tipos em perspectiva comparada.

12 Embora sem atribuir valência prática, Paula Forgioni indica que tais contratos deveriam ser enquadrados na categoria de contratos *da* distribuição, nomenclatura em oposição ao conceito de contrato *de* distribuição (FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118). Carlos de Oliveira (DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer. Contrato de distribuição. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. V, p. 319-20) critica a categoria por criar confusão com o termo distribuição que seria polissêmico. Para Vera Helena Franco (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253), os contratos de distribuição integrariam o contrato de colaboração empresarial.

13 O Superior Tribunal de Justiça, em posicionamento atualmente consolidado, não aplica de maneira analógica regime do contrato de distribuição de veículos automotores (Lei nº 6.729/1979) ao contrato de distribuição (a indicação exemplificativa desse entendimento encontra-se na nota 77). A incidência analógica do regime do contrato de agência não é devidamente explorada pela jurisprudência.

14 O posicionamento adotado no texto deve ser contextualizado. A opinião considera as circunstâncias atuais da jurisprudência e doutrina brasileiras. O trabalho de elaborar regime idôneo a ser aplicado aos demais, de difícil construção e difusão no momento, pode se tornar instrumento no futuro adequado para disciplinar essas relações contratuais.

sentação comercial autônoma. Estes também possuem ativo emprego no processo de distribuição integrado de produtos e serviços.

2. A diferenciação dos interesses nos tipos contratuais de concessão comercial e de franquia em comparação com os tipos de agência e de representação comercial autônoma.

Os tipos de agência e de representação comercial autônoma possuem estruturação dos interesses diversa dos tipos de concessão comercial e de franquia, pelo que podem ser tratados como dois grupos autônomos com base nessa distinção. O exame da estruturação dos interesses típicos de tais contratos não é realizado com a frequência necessária pela doutrina com o intuito de diferenciá-los. As distinções apontadas por ela para permitir a identificação desses tipos contratuais – de natureza muito próxima – não são capazes de esclarecer integralmente a diversa dinâmica contratual, provocando incompreensões e equívocos em sua qualificação.

Em obra de referência, António Pinto Monteiro lista as características capazes de distinguir o contrato de agência daquele de distribuição (e, por extensão, como se verá, também daquele de franquia). O distribuidor age em seu nome e por conta própria. Para tanto, ele adquire a propriedade da mercadoria para revendê-la no mercado, assumindo o risco de comercialização. Os elementos acessórios, v.g. possuir exclusividade para atuação em determinada zona, bem como se vincular à prestação de serviço de assistência técnica, são também enumerados como fatores de diferenciação.¹⁵ As caracte-

15 Eis a lição de António Pinto Monteiro: “a) Ao contrário do agente, o concessionário age *em seu nome e por conta própria*; b) Diversamente do que sucede com o agente, o concessionário, em regra, *adquire a propriedade* da mercadoria; c) É que, ao contrário do agente, o concessionário é um comerciante que *compra para revenda*, estando muitas vezes obrigado a adquirir determinada quota mínima de bens; d) Daí que o concessionário assuma o *riscos da comercialização*, podendo o seu prejuízo ser avultado, se não conseguir vender os bens que adquiriu ao concedente; e) Beneficiando, normalmente, do *direito de exclusivo*, o concessionário detém

rísticas apontadas, de fato, diferenciam o contrato de distribuição daquele de agência. Elas, porém, não explicam completamente a razão de tais distinções.¹⁶ Trata-se, na verdade, de elenco das consequências da própria estruturação diversa dos interesses entre, de um lado, os contratos de agência e de representação comercial autônoma e, de outro, os contratos de concessão comercial e de franquia.

Nos contratos de agência, o agente atua prevalentemente no interesse do principal.¹⁷ Daí se aduz que o agente corresponde a um colaborador do principal, devendo cooperar com ele com vistas a realizar o fim contratual.¹⁸ Nesse sentido, de acordo com António Pinto Monteiro, o contrato de agência seria considerado contrato de gestão de interesses alheios e, também, contrato de colaboração ou de cooperação.¹⁹ A atuação no interesse da contraparte, característica marcante também dos tipos contratuais de mandato e de comissão mercantil, consiste, na lição de Fernando Pessoa Jorge, em agir em

o monopólio da venda desses bens em certo território (razão por que se designa, por vezes, de 'distribuidor'), o que tem suscitado, em alguns casos, problemas delicados, no âmbito comunitário (por força do art. 81º do Tratado de Roma); f) As obrigações do concessionário, perante o concessionário, perante o concedente, não cessam com a alienação dos bens, estando igualmente vinculado a prestar assistência *pós venda* aos clientes, mediante pessoal especializado e meios técnicos idôneos" (MONTEIRO, op. cit., p. 114-115). A doutrina nacional não diverge em substância dessa diferenciação. Entre tantos, confira-se GOMES, op. cit., p. 463-464. A apresentação das características do contrato de distribuição será explorada no capítulo 2.

16 As distinções *a*, *b*, *c* e *d*, no trecho da obra do autor português, se assemelham, sendo cada uma corolário da outra. As características *e* e *f* não representam necessariamente fatores de distinção. A exclusividade em determinada área de atuação é inerente ao contrato de agência por força do art. 711 do Código Civil. Esse elemento pode estar disciplinado no contrato de distribuição, mas não é obrigatória a sua presença; esta necessariamente deve ser expressamente pactuada. É comum, por outro lado, o contrato de previsão do encargo pelo distribuidor de assistência técnica ante aos consumidores dos produtos e serviços. Essa característica, todavia, é admitida no tipo do contrato de agência, noção reforçada pela parte final do artigo 1º da Lei nº 4.886/1968.

17 MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência*: anotação ao decreto-lei nº 178/86, de 3 de julho. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 55; PINTO, op. cit., p. 139.

18 MONTEIRO, op. cit., p. 55.

19 Ibidem, p. 55.

benefício ou vantagem de outrem, defendendo e perseguindo aquilo que se sabe ou se pensa ser do interesse da contraparte.²⁰

Reflexo dessa atuação do agente no interesse do principal corresponde à modalidade mais comum de sua remuneração. O agente e o representante comercial, embora não seja essencial para a configuração desses tipos contratuais, remuneram-se por meio de comissões fixadas em percentual no valor do negócio realizado. O agente se incentiva a atuar em favor do principal, pois o sucesso deste acarretará necessariamente o êxito daquele. O cumprimento da sua obrigação principal, a promoção dos negócios do principal, deve ser realizado considerando a coincidência dos interesses destes com os do proponente. Mesmo na hipótese de se erigir no âmbito do vínculo contratual deveres acessórios, como aqueles de armazenagem e de prestação de serviço pós-venda, em razão dos quais o agente e o representante assumem maiores riscos e responsabilidades, a configuração de interesses não será em princípio alterada. O agente continuará a agir no interesse do principal, a despeito da existência de tais obrigações, de maneira a auferir vantagens com a promoção de negócios a favor deste.

Não cabe confundir tal estruturação com os interesses típicos dos contratos de concessão comercial e de franquia. Nestes, a atuação do concessionário e do franqueado não é exclusiva no interesse do produtor. Em tais tipos, a configuração dos interesses é mais complexa;²¹ o interesse do produtor, de que os seus produtos e serviços sejam transmitidos aos consumidores sob determinado parâmetro de conduta de distribuição, convive com interesses individuais do con-

20 JORGE, Fernando Pessoa. *O mandato sem representação*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 184.

21 Na doutrina nacional, v. entendimento de Paula Forgioni: “[n]ão se pode deixar de reconhecer a realidade múltipla que informa o contexto econômico e jurídico desse tipo de ajuste, composta de *interesses comuns* e *de outros conflitantes*, ainda que em forma potencial. O contrato de distribuição é, ao mesmo tempo, de comunhão de escopo e de intercâmbio” (FORGIONI, op. cit., p. 118).

cessionário e do fraqueado, que nem sempre se alinham com aquele do fornecedor.²² Convivem no bojo de tal contrato de interesses compartilhados e egoístas em permanente tensão.²³

A caracterização dessa estrutura de interesses transpõe-se para o plano contratual por meio de disciplina contratual, de tal modo que o processo econômico de distribuição seja realizado em conformidade com as determinações do produtor, especialmente nas hipóteses em que os distribuidores atuam com a sua marca.²⁴ Ele estandardiza a totalidade da rede distributiva constituída, tornando possível a coordenação unitária da rede contratual.²⁵ A colaboração entre o produtor e o distribuidor consiste na consecução de finalidades contratuais comuns. Em tais contratos, as partes buscam melhorar a distribuição dos produtos e serviços do fornecedor partilhando as vantagens daí advindas. Os resultados positivos decorrentes da atua-

22 Exemplo fornecido por Fernando Pessoa Jorge capta a estruturação diversa de tais interesses. Trata-se de exemplificação da diversidade de atuação de mandatário no cumprimento de sua função contratual (atuando no interesse do mandante) e de grossista. No âmbito de mandato com objeto a venda de determinada coisa, o mandatário, ao atuar no interesse do mandante, deve procurar, atento às circunstâncias concretas do caso, vendê-la pelo mais alto preço possível, ainda que existente preço mínimo, não lhe sendo permitido fazer sua a diferença entre o preço. Já o grossista não está obrigado a vender o bem pelo melhor preço e pode extrair o seu lucro a diferença entre o valor de venda e de aquisição. Cf. JORGE, op. cit., p. 185.

23 Cf. PINTO, op. cit., p. 140: “[p]ois, a verdade é que tais contratos envolvem quase sempre correlações de interesses muito complexas, verificando-se neles a presença simultânea de (e uma constante tensão entre) interesses *individuais* e interesses *colectivos* e uma permanente sobreposição de elementos *cooperativos* e *competitivos*. Desse ponto de vista, trata-se de conformações negociais autenticamente *híbridas*, que estão para além das conjunções tradicionais de interesses”.

24 “Com efeito, se pode dizer que, através de tais contratos, ambas as partes prosseguem o escopo de melhorar a distribuição dos produtos e serviços do fornecedor, procurando partilhar as vantagens económicas daí advinentes, também se afigura exacto afirmar que tal objectivo corresponde, precipuamente, a um interesse do fornecedor, em cuja concretização o distribuidor se obriga a colaborar” (PINTO, op. cit., p. 140).

25 CASSANO, Giuseppe. Introduzione. In: CASSANO, Giuseppe (Coord.). *I contratti di distribuzione. agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 12.

ção do concessionário e do franqueado, promovendo a venda de mercadorias, permitirá, em princípio, que tanto ele, quanto o produtor lucrem com a sua atividade.²⁶

No entanto, ao mesmo tempo em que perseguem tais interesses comuns, tanto o produtor, quanto o concessionário e o franqueado são independentes e possuem objetivos imediatos divergentes: estão interessados em obter as maiores vantagens com a sua atividade, controlando os seus custos e incrementando as fontes de renda.²⁷ A persecução de tais interesses individuais pode acarretar que o nível de colaboração do distribuidor seja inferior àquele construído contratualmente.²⁸ Na medida em que a atividade empresarial realizada pelo concessionário e pelo franqueado permite a sua desvinculação do produtor, eles podem atuar considerando também o seu interesse

26 Nesse sentido, Paula Forgioni afirma: “[p]or um lado, as partes unem-se, porque acreditam que a celebração do acordo colocá-las-á em uma situação melhor do que aquela em que se encontram (caso contrário nem sequer realizariam o negócio). [...] O principal interesse convergente no contrato de distribuição é o *sucesso da colaboração do produto junto ao mercado consumidor*, o que faz com que fornecedores e distribuidores busquem o bom êxito recíproco das atividades econômicas. Em regra, *quanto maiores as vendas, maiores o escoamento da produção e os possíveis lucros de ambas as empresas*. Obviamente, fabricar e revender mercadoria com aceitação do público é bem mais proveitoso do que comercializar algo que, por um motivo ou por outro, encalha nas prateleiras” (FORGIONI, op. cit., p. 118-122).

27 Explora essa circunstância Paula Forgioni, para quem “[p]or outro, buscam objetivos diversos, uma vez que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte. [...] O conflito central entre as partes do contrato de distribuição deriva das diversas atividades econômicas desenvolvidas por um e por outro. *Fornecedores enfrentam a concorrência entremarcas; distribuidores, a competição intramarca e entremarcas*. O fabricante – que tem na mira as vendas globais de seus produtos – pode preferir o aumento total do grau de escoamento, ainda que isso cause prejuízo para alguns de seus revendedores. Para o distribuidor, as vendas dos outros integrantes da rede podem significar a perda de vendas próprias. *O fornecedor tem em mente a distribuição global do seu produtor; o distribuidor, as vendas que ele próprio concretiza*” (Ibidem, p. 119).

28 PINTO, op. cit., p. 193. De acordo com Paula Forgioni, os interesses conflitantes no seio dos contratos de distribuição (e, por extensão, também aquele) de franquia podem ser explicados em razão de tendencialmente as margens de lucros serem inversamente proporcionais (isto é, ao aumentar a margem do fornecedor, reduz-se aquela do distribuidor e vice-versa), principalmente quando existe concorrência entremarcas, o que afastaria a ideia de que a álea das partes seria conjunta em tais tipos (cf. FORGIONI, op. cit., p. 123).

próprio de elevar os lucros, mediante o aumento das receitas e a diminuição das despesas.²⁹ Por exemplo, o concessionário e o franqueado, mesmo diante do dever de colaboração, podem elevar o preço de suas mercadorias, o que lhe proporcionaria maiores lucros, ainda que isso cause prejuízos aos demais revendedores integrantes da rede contratual. Eles poderiam também se aproveitar da marca do fornecedor apenas na medida em que ela lhes permita elevar os seus lucros; também podem subinvestir em qualidade dos bens e serviços que oferecem, uma vez que o distribuidor não capta integralmente os benefícios proporcionados por uma conduta ótima, assim como não suporta a totalidade das consequências da redução de tais benefícios. Ambas essas consequências se partilham por toda a rede de distribuição. Por isso, Fernando Ferreira Pinto argutamente ressaltou que os contratos de concessão comercial e de franquia estão longe de corresponder a estruturas unidimensionais e a colaboração que requerem está muito distante de ser simétrica e de constituir uma dimensão exclusiva do negócio.³⁰

Diante dessa estruturação dos interesses, é necessária a presença nesses contratos, especialmente naqueles qualificados como de concessão comercial e de franquia, para o seu desenvolvimento sadio, de mecanismos de incentivo e de controle que obriguem o concessionário e o franqueado a não impor os seus próprios interesses em detrimento daqueles do fornecedor.³¹ O ajuste contratual será,

29 “Por outro lado, revela-se igualmente óbvio que, mesmo considerando a realização a realização desse objectivo como um desiderato *comum* (e partilhado, em boa medida por todos os membros da rede), os interesses das partes não se encontram, em relação a ele, completamente alinhados, tornando-se imprescindível que o contrato contemple mecanismos de incentivo e de controlo que levem a que o distribuidor não anteponha os seus próprios interesses – em vários aspectos divergentes e mesmo conflitantes – àquele interesse do fornecedor” (PINTO, op. cit., p. 140). Cf. FORGIONI, op. cit., p. 123. Essa autora enumera as hipóteses em que pode haver interesses conflitantes: no estímulo à concorrência intramarca, na imposição de preços de revenda; na quebra de territórios na aquisição de estoques mínimos; na aquisição de outros bens ou serviços não relacionados com o objeto principal.

30 PINTO, op. cit., p. 141.

31 Idem, p. 141.

portanto, o ponto do delicado equilíbrio de tais interesses.³² Daí a estipulação de cláusulas de limitação da autonomia do distribuidor que impõem a observação de padrões de qualidade e restrição à liberdade de fixação de preço de produtos, bem como mecanismos de fiscalização e de controle, instituídos para verificar se atividade do distribuidor encontra-se dentro do parâmetro estabelecido contratualmente.³³

3. A caracterização do tipo contratual de distribuição.

Apontadas as diferenças de estruturação dos interesses dos contratos utilizados no processo econômico de distribuição, serão examinadas as características do contrato de distribuição, incluindo o seu subtipo com objeto a distribuição de veículos. Com o escopo de fornecer o contorno inicial da definição, o contrato de concessão comercial corresponde à relação na qual o produtor se obriga a vender certos produtos e a contraparte se vincula a adquiri-los e revendê-los, em seu nome e por sua conta. A relação econômica subjacente permite viabilizar o escoamento da produção até chegar ao consumidor por meio da aquisição dos produtos a serem transmitidos ao mercado.³⁴ Esse processo de revenda realiza-se conforme as diretrizes e sob a supervisão do fabricante.

A primeira dificuldade encontrada consiste na ausência de contornos precisos desse tipo contratual. Não existe disciplina geral

32 FORGIONI, op. cit., p. 123.

33 Acrescenta o autor: “[t]odavia, como entretanto se advertiu, a prévia especificação do comportamento contratual exigido ao distribuidor será sempre *incompleta*, fruto da impossibilidade de se antecipar, com um mínimo de rigor ou sem incorrer em incomportáveis custos de transação, todos os aspectos relevantes da conduta prestacional ou todos os eventos que, futuramente, podem influir no relacionamento entre as partes. Posto isto, fica novamente aberta a porta para que o distribuidor, tirando vantagem dos elementos não especificados do contrato, adopte decisões e efectue escolhas predominantemente guiadas pelo seu interesse individual, o que pode acarretar *elevados custos de eficiência*” (PINTO, op. cit., p. 195-196).

34 OLIVEIRA, op. cit., p. 318.

dos contratos de distribuição. Trata-se de tipo social, contrato que não encontra regulamentação na lei mas corresponde a esquema contratual consolidado na prática mercantil.³⁵ Não se pode, por isso, ao conceituar o tipo do contrato de concessão comercial com traços bem marcados e definitivos.³⁶ Esses contornos fluídos também são explicados por ele possuir geometria variável por assumir diversas funções, moldadas de acordo com a autonomia das partes. Elementos acessórios não podem defini-lo, sob pena de reduzir o seu espectro de utilização.³⁷

Antes de indicar os elementos para a sua configuração, sobressaem algumas características do contrato de distribuição, que também se aplicam ao contrato de franquia. Ele é considerado contrato de duração. Para executar a sua prestação e permitir o acesso ao consumidor de bens e serviços, o relevo temporal é imprescindível: o desenvolvimento e cumprimento das obrigações exige o decurso de tempo para o seu aperfeiçoamento.³⁸ Esse tipo também se caracteriza

35 A ausência de tipificação legal do contrato também ocorre nos demais ordenamentos (cf. PINTO, op. cit., p. 59).

36 Discorda-se, portanto, da tentativa de parcela da doutrina de identificar no contrato de distribuição, como tipo construído socialmente, elementos estáticos e essenciais para a sua configuração. Como será examinado, existe núcleo do contrato que pode ser descrito; porém, com contornos fluídos e com elasticidade conceitual mais elevada em comparação a definições legais. Em parecer sobre contrato de distribuição de petróleo e derivados, Nelson Nery enumera os elementos necessários a caracterizar referido contrato. A maior parte das características ali indicadas vão ao encontro da descrição do tipo elaborada no presente artigo, mas o autor não se preocupou em conferir tonalidade menos certa. Ainda, é questionável a inclusão como elemento essencial a delimitação de zona geográfica para o seu exercício; existem hipóteses em que essa determinação não está presente (cf. NERY JUNIOR, Nelson. Contrato de distribuição de petróleo e derivados: aspectos materiais e processuais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 23, p. 305-332, 2005).

37 Destaca essa perspectiva Fernando Pinto: “Na perspectiva do seu conteúdo, o contrato apresenta, no entanto, uma geometria variável, na medida em que o seu objeto mediato pode abranger uma vasta gama de produtos, sendo também muito diversificada as funções concretas que o concessionário pode ser chamado a desempenhar” (PINTO, op. cit., p. 62).

38 A respeito do contrato de duração, cf. a clássica lição de Giorgio Oppo (OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista del Diritto Commerciale* e del Diritto Generale delle Ubbligazioni, v.

por ser complexo, no qual convergem para a sua configuração diversos elementos de outros contrato, sem, todavia, se identificar com nenhum deles, tampouco com a sua adição.³⁹ A sua estrutura é normalmente formada por contrato-quadro, convenção que institui a moldura regulamentar genérica, com ausência de especificação de algumas características relevantes, como o volume de aquisição, data de entrega, mas contendo direitos e deveres das partes. No seu conteúdo, evidenciam-se especialmente o dever de emitir declarações de vontade para a formação dos contratos de execução, cuja disciplina se encontra previamente estabelecida.⁴⁰ A estrutura do contrato-quadro se mostra instrumento adequado para o alcance dos interesses das partes, por se tratar de regulamento que exige cooperação (capítulo 1, *supra*), com contínuo fluxo de negócios entre as partes e entre estas e terceiros.⁴¹

Na estrutura das obrigações, o distribuidor adquire produtos do fabricante e deve revendê-los ao mercado consumidor, em seu nome e por sua conta.⁴² A atividade de revenda das mercadorias se mostra a característica marcante do tipo de distribuição para viabilizar

41, p. 143-180, 1943). Veja-se também GRANIERI, Massimiliano. *Il tempo e il contratto*. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata. Giuffrè: Milão, 2007. Na doutrina nacional, confira-se FORGIONI, op. cit., p. 111; e PINTO, op. cit., p. 103-111).

39 Nesse sentido, opinião de Fernando Pinto: “O contrato de concessão comercial corresponde, desta forma, a uma negócio atípico e complexo, em que convergem elementos de diversos modelos contratuais previstos na lei, mas que não se identifica totalmente com qualquer um deles. Antes, o que nele se verifica é uma mistura de tipos, concorrendo notas da compra e venda e do fornecimento, justamente com a prestação de serviços e a gestão de interesses alheios, o que conduz a classificá-lo como um contrato atípico no sentido estrito” (PINTO, op. cit., p. 62).

40 Fernando Pinto classifica também o contrato de distribuição como tipo no qual normalmente é utilizado o instrumento do contrato-quadro (PINTO, op. cit., p. 128-135).

41 Existem outras classificações nas quais o contrato de concessão poderia se enquadrar, contratos com pendor relacional, incompleto, *intuitu personae* e com confiança. Essas classificações também podem esclarecer nuances do contrato, mas, em razão da sua menor pertinência para a conceituação, não serão tratadas no texto.

42 Veja-se, por todos, GOMES, op. cit., p. 463.

a estruturação dos interesses subjacentes por materializar o objetivo do contrato, com assunção dos devidos riscos em sua atividade. O produtor, por outro lado, se comprometeria a fornecer os produtos a serem revendidos, cujas especificações são efetuadas nos contratos de execução.⁴³ O distribuidor, ao revender ao mercado consumidor, obtém benefícios do reconhecimento pelo público da marca, bem como de vantagens decorrentes da sua inserção na estrutura de distribuição da contraparte, de preços favoráveis e da disponibilidade de assistência técnica e comercial.

Em contrapartida, o distribuidor se sujeita a obrigações atinentes à política comercial do concedente e ao seu controle e finalização, decorrente da necessidade de garantir o prestígio da marca sob a qual atua.⁴⁴ O controle externo do produtor sobre o concessionário e sobre a sua atividade constitui característica essencial do contrato de distribuição. Esse controle apresenta diversos graus, a serem estabelecidos pela autonomia privada das partes.

A existência de exclusividade para a comercialização do produto e do serviço em determinada zona é considerada elemento essencial para a caracterização do contrato.⁴⁵ A inserção de obrigação

43 Alega Fernando Pinto que raramente se institui no contrato a consagração explícita da obrigação de fornecer produtos. As suas poucas menções normalmente negam a sua existência ou a sujeitam a uma série de requisitos (PINTO, op. cit., p. 64-65). Abre-se, então, debate se a existência dessa obrigação seria essencial para a configuração do contrato.

44 FORGIONI, op. cit., p. 116; GOMES, op. cit., p. 466. Na doutrina estrangeira, v. MONTEIRO, op. cit., p. 108; e D'ALTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 42, p. 1393-1433, jul./dez. 2001, p. 1397.

45 Essa concepção é, normalmente, atribuída ao contrato de distribuição tal como elaborado pela doutrina francesa, para a qual o elemento da exclusividade em determinada zona é essencial para a sua qualificação. Essa noção foi adotada no Brasil por Rubens Requião (cf. REQUIÃO, Rubens. Contrato de concessão de venda com exclusividade. *Revista Forense*, v. 239, p. 5-23, jul./set. 1972) o que gerou a sua posterior difusão. Cf. FRANCO, op. cit., p. 274. Trata-se, *grosso modo*, da noção formulada em 1963 por Claude Champaud (cf. a sua definição: “*Nous proposerons de tenir le contrat de concession commerciale pour une convection par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire*

de exclusividade, apesar de possuir elevada frequência na prática, não configura elemento caracterizador do contrato de concessão comercial. A obrigação de exclusividade representa técnica para incentivar a cooperação entre as partes, ao permitir que o distribuidor atue sem concorrência intramarca de terminada zona.⁴⁶ O distribuidor pode também se tornar responsável pela realização de publicidade ou a manutenção de estoque, como elementos acessórios. Essas cláusulas não são idôneas a qualificação o contrato de concessão comercial, mas permitem moldar melhor os interesses das partes para atingir determinado objetivo.⁴⁷

A configuração de rede contratual, a paralela celebração de contratos homogêneos entre empresas autônomas, também não constitui característica essencial para a qualificação do contrato de concessão comercial. Embora a existência dela possa reforçar a qualificação do contrato de concessão comercial, este pode se desenvolver entre o fabricante e um único distribuidor, como na hipótese de comercialização de determinado produto estrangeiro importado pela primeira vez no país.⁴⁸

déterminé, pendant un période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé (CHAMPOUD, Claude. La concession commerciale. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, v. 453, p. 451-504, 1963, p. 471). Em tradução livre: “Nós proporemos entender o contrato de concessão comercial como uma concessão em que um comerciante, chamado de concessionário, coloca o seu negócio de distribuição ao serviço de um comerciante ou industrial chamado concedente para assumir, exclusivamente, em um determinado território, por um período limitado de tempo e sob a supervisão do concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe seja concedido”. Paula Forgioni entendeu que essa definição deve ser tomada apenas como ponto de partida (FORGIONI, op. cit., p. 103). Alguns elementos tidos como essenciais no passado hoje seriam mero elementos acessórios dada a grande variabilidade de interesses nesse contrato. As concepções do contrato que se afastam da noção francesa, como aquele seguida no presente texto, se aproxima da noção do contrato de distribuição correspondente aquela construída no direito alemão e, também, adotada no direito português (v. PINTO, op. cit., p. 59).

46 Ibidem, p. 63.

47 Idem, p. 63.

48 FORGIONI, op. cit., p. 62.

O contrato de concessão comercial não pode também ser confundido com o plurilateral, em que os interesses prevalentes são unicamente aqueles comuns ao ente coletivo, pois não se pode deixar de reconhecer a existência de interesses conflitantes no bojo do tecido de interesses desse tipo (conforme abordado no capítulo 1, *supra*). Daí se mencionar que o contrato de distribuição (ou concessão comercial) representa “ao mesmo tempo, comunhão de escopo e intercâmbio”,⁴⁹ tanto que a maximização do lucro de uma das partes poderá ser obtida em detrimento da contraparte.

Como visto, o contrato apresenta, de um lado, a sua definição com elevado grau de caráter genérico, e, de outro, geometria variável, permitindo a inclusão de diversas pactuações acessórias.⁵⁰ Esses atributos dificultam a distinção entre os tipos considerados vizinhos.

3.1. O contrato de distribuição (ou agência-distribuição) do Código Civil.

Delineadas as características do contrato de concessão comercial, se impõe analisar o impacto da introdução do tipo de agência e distribuição nos arts. 710 a 721 do Código Civil. Essa nova disciplina, ao mesmo tempo que gerou críticas, sendo considerado infeliz,⁵¹ des-

49 Ibidem, p. 118.

50 Reconhecendo a impossibilidade de traçar linha muito clara em sua definição, Paula Forgoni assim destaca os elementos caracterizadores do contrato de distribuição: a) encerra várias operações de compra e venda de bens destinados à revenda pelo distribuidor. Essas compras e vendas seriam unificadas por uma identidade de causa; b) o proveito econômico do distribuidor equivale ao lucro decorrente da diferença entre o preço de aquisição da mercadoria e seu preço de revenda; c) a propriedade do bem passa do fabricante ao distribuidor e, portanto, ao terceiro; d) o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em determinada zona; e) há vinculação (ou mesmo subordinação) econômica entre o fabricante e o distribuidor (Ibidem, p. 112).

51 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 214.

pertou o debate doutrinário a respeito de seus efeitos. Ela teria disciplinado o contrato de agência no ordenamento brasileiro, considerando a correspondência no conceito desse tipo com o previsto no artigo 710 do Código Civil. Já para a definição do suposto tipo de “distribuição”, esse mesmo dispositivo emprega, além dos mesmos elementos para caracterizar o contrato de agência (o caráter não eventual, a ausência de vínculo de dependência e a obrigação de promover, à conta de outrem, mediante retribuição a realização de certos negócios, em zona determinada), índice adicional: a disponibilidade da coisa negociada. A parte à qual seria atribuída a coisa negociada seria o agente, em contradição com a tentativa conceitual de contrato de distribuição.

A maior parte da doutrina entende que o tipo de “distribuição” corresponderia, na verdade, a subtipo do contrato de agência. Ele não se confundiria com o contrato de concessão comercial, como descrito no capítulo anterior.⁵² O agente-distribuidor consistiria em

52 Cf. FORGIONI, op. cit., p. 111-116; REQUILÃO, Rubens. *Do Representante Comercial*: Comentários à Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.420, de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39-43; GOMES, op. cit., p. 464-465 (com posicionamento manifestado pelos seus atualizadores, Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo Crescenzo Marino); THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial: apontamentos. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, v. 15, p. 54-97, fev./maio 2005, p. 58-59; OLIVEIRA, op. cit., p. 123; MELO, Claudinei de. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4; ARAGÃO, Leandro Santos de; DE CASTRO, Rodrigo Monteiro. O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final, do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 245. Em sentido similar, cf. o entendimento de Vera Helena Franco: “[q]uanto à distribuição, pouco há de se dizer, considerando que a lei apenas salientou como diferencial o fato do distribuidor ter à sua disposição a mercadoria ou produto a ser distribuído. Com este teor aproxima-se da comissão. Mas a situação não é impossível perante a representação comercial autônoma, pois em diversas situações, não é incomum que o representante comercial tenha à sua disposição a coisa a ser vendida” (FRANCO, op. cit., p. 211). Nesse sentido, enunciado nº 31 da I Jornada de Direito Comercial: “O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este corresponde aos negócios concluídos em sua zona.

agente, tendo como característica saliente a disposição do bem a ser negociado para a promoção de negócios por conta do produtor-agenciado. Em sentido contrário a tal orientação, defende-se que o Código Civil teria estabelecido disciplina geral aplicável a todos os contratos de distribuição.⁵³ Para defender esse posicionamento, alguns autores laçam pobre argumento topográfico e nominativo, ao passo que outros de construção sofisticada. Apenas esta merece análise detalhada.

De acordo com essa visão, o distribuidor (distribuidor-agente, no caso) assumiria os riscos da comercialização, na medida em que teria, à sua disposição, o bem a ser negociado, independentemente de ter a sua propriedade para revendê-lo. A simples disponibilização do produto pelo distribuidor seria suficiente para atribuir a ele a responsabilidade perante terceiros, não sendo mais necessária a revenda para a atração dessa responsabilidade. Em consequência, o conceito de distribuição deveria ser alargado. Em sua definição, duas operações poderiam ser enquadradas: a aquisição pelo distribuidor do bem para a sua posterior revenda, como entendido no item anterior, e a simples disposição desse bem ao agente-distribuidor, cuja titularidade seria mantida pelo produtor. Nesse caso, tal bem seria alienado em nome do agente-distribuidor, mas no interesse agenciado-distribuidor.

No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco”.

53 REQUIÃO, Rubens. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art. 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 179-199, p. 198; e CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. Contrato de distribuição ou concessão comercial. In: PEREIRO JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 457 (não houve tipificação, mas se aplicaria a disciplina dos arts. 713-5 e 721 ao contrato de concessão). Confira-se, ainda, TIMM, Luciano Benetti; SABOYA, Lausiane Luz de. O Contrato de distribuição no novo Código Civil (à luz da jurisprudência do TJRS). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 75-99, jul./set. 2008, que defendem ser esse o posicionamento do TJRS no período de elaboração do artigo.

No entanto, não é possível conferir à denominação adotada pelo Código Civil no tipo de “distribuição”⁵⁴ preponderância demasiada e a desconsiderar a sua definição legal e os índices caracterizadores presentes no art. 710. A circunstância de o “distribuidor” previsto no Código Civil ter a sua disposição o bem a ser negociado não permite aproximá-lo da figura do concessionário.

A sua disposição pelo agente não rompe a elasticidade do tipo de agência. O Código Civil, ao definir o tipo do contrato de “distribuição”, disciplinou não aquilo que ordinariamente se entende como concessão comercial, mas sim um subtipo do contrato de agência e de representação comercial autônoma. A atividade de promoção de negócio por conta da contraparte pode ser exercitada por meio de uma multiplicidade de atividades, inclusive com a disposição do bem a ser negociado.⁵⁵ Essa possibilidade, inclusive, não é excepcional no

54 Paula Forgioni busca explicar a razão da introdução do termo distribuição no Código Civil: “Resta, então, a indagação: como justificar a referência à distribuição nos arts. 710 e seguintes? A resposta parece indicar que, à época da elaboração do texto, como vimos, não estavam aclaradas, entre nós, as características do contrato de distribuição, que acabaram sendo consagradas pela prática, pela doutrina e pela jurisprudência” (FORGIONI, op. cit., p. 116).

55 Confira-se o entendimento de Rubens Requião a respeito da elevada elasticidade do tipo do contrato de agência e de representação comercial, que abarcaria a disposição de bem do principal: “Outra hipótese. Igualmente pouco comum, é a de o representante comercial receber em depósito, pessoalmente, a mercadoria cuja venda intermediará. Terá, no caso, posse derivada dos objetos, que continuarão de propriedade do representado. Firmado o negócio de compra e venda, no comum dos casos, o próprio representante executará o contrato, promovendo a tradição do objeto vendido (este ato de execução não descaracteriza a representação comercial, nos termos do art. 1º, parte final e art. 38 da Lei 4.886/65). Terá que ter instruções e poderes, concedidos pelo representado, para assim agir. E a operação comercial será realizada sempre, pelo representado, que assume seus riscos. As situações descritas, em alguns casos e em aspectos externos, se prestam a confundir o contrato de representação comercial com o de distribuição. Mas a estrutura jurídica dos contratos, efetivamente não permite a confusão, já que falta ao contrato de representação comercial o elemento essencial da distribuição que é a aquisição do bem para revenda, com assunção do risco do negócio, como adiante de descreverá” (REQUIÃO, Rubens. *Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192-193). No mesmo sentido, GONÇALVES NETO, op. cit., p. 216. Essas atividades estão compreendidas no conteúdo semântico do verbo promover, essencial para a caracterização da prestação principal do contrato de agência.

contrato de agência. Ela facilita a atividade do agente, que pode permitir a avaliação e, eventualmente, até mesmo o teste do consumidor.

A estruturação dos interesses do contrato de concessão comercial, com a existência de atuação de interesses em comum e individuais, não se assemelha com a estrutura idealizada pelo tipo legal do Código Civil de “distribuição”. Este “distribuidor” deve atuar para a promoção de certos negócios do proponente, tendo a disponibilidade do bem. Neste, ao contrário, prevalecesse o interesse do agenciado-produtor. Assim, diante da complexidade dos interesses do contrato de concessão comercial, não se pode equipará-lo ao contrato de agência-distribuição, que deve *necessariamente* agir no interesse da contraparte,⁵⁶ e não em seu próprio. Essa diversa estruturação de interesses acarreta diverso equilíbrio de riscos.

A simples disponibilidade do bem não corresponde à circunstância idônea a igualar os riscos assumidos pelo agente-distribuidor com aqueles atribuídos ao concessionário. Este está sujeito a inúmeros riscos, a título de exemplo, aqueles decorrentes do inadimplemento do terceiro com quem negocia os bens adquiridos; de celebração de contratos de revenda em condições que lhe são desfavoráveis; de variação do preço dos produtos no mercado; de o produto de sua propriedade, que seria revendido, se deteriorar etc. O concessionário também pode ver o seu estoque de produtos “encalhar” diante da alteração das necessidades do mercado ou, ainda, ser responsável pelos produtos que oferece perante os consumidores. Mostram-se, assim, robustos os riscos assumidos pelo concessionário ao celebrar tal contrato, ao passo que o “agente-distribuidor” apenas assumiria, em princípio, diante de sua configuração peculiar, o risco de responsabilidade perante terceiro.

A alegação de que ambos os contratos, de agência-distribuição e de concessão, teriam a mesma função, de escoar os produtos

56 O art. 710 utiliza como elemento caracterizador do tipo do contrato de agência-distribuição a promoção de certos negócios por conta do proponente.

do fornecedor ao mercado consumidor, não permite aproximar essas figuras. A modalidade em que tal distribuição ocorre é relevante para a qualificação do contrato de distribuição. Não se trata de se render a elementos estruturais do contrato, mas compreender que a diversa estrutura permite construir composição de interesses e função diversas para o escoamento da produção. Os elementos capazes de conformar o contrato e, portanto, representar a sua finalidade-prática não devem ser confundidos com o objetivo final da relação jurídica. Da mesma forma que não é possível realizar a referida comparação, não seria devido comparar a locação com o *leasing* operacional; a hipoteca, com a alienação fiduciária em garantia; o contrato de seguro, com o de constituição de renda. A operação econômica nesses casos é diversa e, em razão disso, deve ser disciplinada de maneira diferenciada.

Ainda, a disciplina que seria aplicável ao contrato de “distribuição”, a mesma do contrato de agência, prevê disposições que não condizem com a estrutura do tipo de concessão comercial ou, até mesmo, podem o regulá-lo de maneira inadequada.⁵⁷ A conceituação do contrato de “distribuição”, no *caput* do art. 710, confere ao contrato de agência-distribuição é praticamente igual a do contrato de agência e diverge em sua essência do contrato de concessão comercial.⁵⁸

A insistência na tese de disciplina pelo código do contrato de distribuição repercutiria na imposição de inadequado regulamento. De acordo com essas regras, o distribuidor deve agir em conformidade com as instruções do proponente, nos termos do art. 712 do Código Civil. Essa obrigação retiraria por completo a sua autonomia operacional e criaria indesejável controle sobre o distribuidor. De acordo com o art. 713 do Código Civil, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor. *A contrario*

57 Embora os dispositivos da Parte Especial, Livro I, Capítulo XII, Título VI do Código Civil sejam aplicáveis de maneira indistinta tanto à agência, quando ao contrato de “distribuição”, curiosamente apenas três dispositivos (os arts. 713, 714 e 715) fazem referência expressa ao contrato de distribuição.

58 FORGIONI, op. cit., p. 114.

sensu, extrai-se dessa determinação de que seria dispositiva – portanto, dado à autonomia das partes – a possibilidade de o “distribuidor” arcar com as suas despesas. Não desconfiguraria o referido tipo contratual ele atuar com as suas despesas pagas pela contraparte. Esse entendimento, todavia, não se mostra coerente com a própria estruturação dos interesses do contrato de concessão comercial, uma vez que, nessa hipótese, a assunção de despesas decorrentes do contrato praticamente absorveria qualquer autonomia e interesse individual do agente-distribuidor. Tanto é assim que a assunção de despesas da contraparte se revela importante índice para a caracterização de subordinação jurídica, próxima à atividade laboral, o que se distancia do contrato de concessão comercial.

A doutrina que defende a possibilidade de o Código Civil disciplinar o contrato de concessão comercial possui o mérito de questionar o elemento estrutural da revenda como essencial para a configuração desse tipo legal. O elemento funcional deve ser utilizado para a qualificação do contrato.⁵⁹ Não se deve examinar a função como equivalente à finalidade do contrato, no caso o escoamento da produção ao mercado consumidor com a disposição do bem negociada, mas identificar a composição interesses do tipo contratual. Os argumentos, apesar de apresentados de maneira articulada, não são capazes de permitir a aplicação da disciplina do código ao contrato de concessão comercial, que ainda se encontra legalmente atípico.

3.2. O contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre.

Ao contrário do contrato de distribuição, o seu subtipo,⁶⁰ o

59 A valorização do elemento funcional, em detrimento daquele estrutural é ressaltada por Pietro Perlingieri em sua obra (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 642-644), que encontrou eco na doutrina brasileira.

60 Diversamente do contrato de “distribuição”, mencionado no capítulo anterior, não existem dúvidas a respeito da qualificação do contrato de concessão comercial de veículos automotores

contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre, encontra-se disciplinado pela Lei nº 6.729/1979.⁶¹ Ela visou a proteger o contratante *debole* dos grandes fabricantes, buscando reequilibrar as partes dessa relação, afetada pelo poder econômico dos fabricantes, por meio de previsões imperativas.⁶² A dependência econômica dos concessionários de veículos automotores ocorre na maior parte dos contratos, sendo, inclusive, essa circunstância entrevista na exposição de motivos da Lei Ferrari.⁶³ A Lei nº 6.729/1979 constrói

de vida terrestre como subtipo do contrato de distribuição. Os elementos característicos deste tipo (a distribuição de veículos automotores de via terrestre, a necessária licença gratuita da marca do produtor e a prestação de assistência de serviços) distinguem esse contrato. Ele possui elementos não obrigatórios no contrato de distribuição e, em razão deles, aplica-se disciplina específica.

61 Reconhece a doutrina que a referida lei não buscou constituir regime geral dos contratos de distribuição, limitando a estatuir a disciplina do contrato de distribuição de veículos automotores. Nesse sentido: “Não se limitou a Lei 6.729, nessas disposições, a instituir contrato típico e nominado de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, nem se cingiu a estabelecer seus traços característicos e suas modalidades” (ABREU, João Leitão de. Da indenização cabível na rescisão de contrato de revenda de veículos automotores. Prevalência da lei especial sobre lei geral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 632, p. 26-31, jun. 1988, p. 30).

62 FORGIONI, op. cit., p. 92.

63 Cf. a exposição de motivos da Lei de Concessão Comercial de Veículos Automotores de Via Terrestre: “a própria circunstância de uma grande empresa necessitar de uma rede para a comercialização e assistência técnica de seus produtos, ao mesmo tempo em que evidencia o seu extraordinário porte econômico e tecnológico, suscita a desigualdade decorrente do estilhaçamento da relação, na medida em que confronte a grande unidade da empresa concedente com os concessionários, limitados na sua capacidade negocial em razão de seu porte da sua multiplicidade. O concedente, como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois detém, graças a sua cadeia de monopólio justapostos, um terrível por de domínio”. Existiriam índices para examinar essa dependência, como o volume dos rendimentos que o parceiro obtém da relação. Críticas foram formuladas a essa categoria, especialmente a sua inaptidão para atribuir regime jurídico aos contratos de dependência (v. PINTO, op. cit., p. 164-166). A Lei italiana nº 192/1998 aplica tutela contratual ao *abuso* de dependência econômica. Conceitua essa lei a dependência econômica a existência de excessivo desequilíbrio de direitos e obrigação, ou a incapacidade de os contraentes obterem no mercado alternativas satisfatórias. Ocorrendo abuso dessa situação, assistiria ao contraente várias medidas, a tutela invalidante, a inibitória e o ressarcimento do dano, sem prejuízo de, caso presente demais pressuposto, a configuração de ilícito concor-

detalhada disciplina do contrato de distribuição de veículos automotores. Esta permite com que os produtores economizem, em comparação com os gastos que teriam caso desejassem criar a sua própria rede de distribuição, com funcionários e encargos fiscais e trabalhistas e ainda custos de uma rede própria de manutenção e assistência.

Essa regulamentação disciplinou a distribuição não apenas de veículos automotores terrestres, desde carros a embarcações e a equipamentos de construção pesada (novos e usados), mas também de implementos e componentes de veículos.⁶⁴ Trata-se, portanto, de instrumento contratual por meio do qual a montadora realiza a distribuição de seus produtos. Também compõe, necessariamente, o objeto do tipo a prestação de assistência técnica a seus produtos, incluindo atendimento e revisão (v. art. 3º, II da Lei de Concessão Comercial de Veículos Automotores). Ainda, é previsto como elemento essencial a licença de uso gratuito da marca do concedente. Na atividade de revenda de veículos automotores, o concessionário deve ostentar, em seu estabelecimento, a marca do produtor, transparecendo, aos olhos do público, como se integrante da estrutura comercial do próprio fornecedor. Esses elementos, que no contrato de distribuição são normalmente classificados como acessórios, adquire componente de essencialidade.

O fabricante figura como o organizador de todo o processo de distribuição dos veículos por ele produzidos, exigindo de toda a cadeia de distribuidores uniformidade, especialmente ao ostentar perante o público a marca do fabricante.⁶⁵ Os concessionários, por ou-

rencial dessa conduta. No caso da lei brasileira, a dependência econômica não possui o mesmo significado da disciplina italiana. Ela representa apenas observação de maior poder econômico, que se converte em negocial, o que exigiu do legislador a necessidade de conferir regras para melhor execução do contrato.

64 Art. 3º, I, Lei de Concessão Comercial de Veículos Automotores.

65 REQUIÃO, Rubens. Concessão comercial. Manutenção do contrato de concessão em face da Lei 6.729/1979. Alteração do nome da concedente. Favorecimento de sociedade coligada.

tro lado, devem, além de seguir o padrão imposto pelo fornecedor, promover, consolidar e ampliar a comercialização dos produtos daquele.⁶⁶ Entre as manifestações de controle do concedente sobre a distribuição de seus produtos, o art. 10 da lei especial permite o fabricante exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos veículos novos e à natureza do estabelecimento. A legislação ainda admite às partes moldar os seus interesses a uma série de elementos, por exemplo, a livre precificação pelo concessionário (art. 13), a imposição de quantidade obrigatória de quota de veículos (art. 7º) e de índice de fidelidade de compra e componentes (art. 8º).

Dada a ausência de previsões específicas em relação ao contrato geral de distribuição, a questão da possibilidade de aplicação analógica se formou. A resposta da jurisprudência brasileira, atualmente já consolidada, tem sido negar em qualquer hipótese a aplicação analógica.⁶⁷ As razões para tal posicionamento, expressas pela jurisprudência do STJ, correspondem à particularidade das normas da referida legislação, que estipularia minuciosamente as obrigações do concedente e das concessionárias de veículos automotores. Ainda,

A insolvência como justa causa da rescisão do contrato. A aceitação de proposta. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 551, p. 43-53, set. 1981, p. 46-47.

66 REQUIÃO, op. cit., p. 47.

67 O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado a esse respeito. A título de exemplo, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.870/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 27 jun. 2017. Data de Publicação: 30 jun. 2017. A doutrina majoritária adota esse posicionamento: FORGIONI, op. cit., p. 93; OLIVEIRA, op. cit., p. 335; MELO, op. cit., p. 41; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial): regime no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial: indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 825, p. 35-74, jul. 2004, p. 68. Em sentido contrário: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 758; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Aplicação analógica da lei dos revendedores. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, n. 49, p. 34-40, jan./mar. 1983, p. 36; DE PAOLA, Leonardo Sperb. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. *Revista Forense*, São Paulo, v. 343, p. 115-148, jul/set., 1998, p. 134; GOMES, op. cit., p. 464; FRANCO, op. cit., p. 281.

essa lei teria como característica restringir bastante a liberdade das partes.

No entanto, não se deve aprioristicamente descartar a possibilidade de aplicação analógica da disciplina a outros contratos por esse procedimento ser natural ao sistema de tipo contratual.⁶⁸ Ao mesmo tempo, se deve reconhecer que o contrato de distribuição de veículos automotores apresenta objeto específico, envolvendo não apenas a distribuição de produtos e de seus acessórios, mas também o uso de marca e a prestação de assistência. Em razão desse contrato, o distribuidor efetua elevados investimentos, expondo-o a eventual conduta abusiva do produtor. Por consequência, as características desse contrato tornam de difícil compatibilidade a aplicação analógica das normas dessa legislação aos demais contratos de distribuição; por exemplo, o contrato de distribuição de bebidas, hipótese com frequência enfrentada pelos tribunais. Esse argumento, repita-se, é diverso de negar a possibilidade de aplicação por analogia.

Sem pretensão de esgotar a questão, em relação aos investimentos realizados pelo distribuidor, existem previsões que podem ser interpretados como parcial reflexo dos princípios da responsabilidade civil e, portanto, se aplicam aos demais contratos em caso de configuração de conduta abusiva do produtor, em caso de rescisão unilateral ou rescisão. Os arts. 23 e 24 listam os investimentos que podem ser recuperados em caso de conduta abusiva do fabricante, correspondendo ao eventual dano decorrente de conduta atribuída ao produtor. Esse processo consiste não em aplicação analógica, mas

68 Sempre atuais são as considerações de Norberto Bobbio a respeito do processo analógico de aplicação da lei (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro: São Paulo, 2001, p. 146-151). Em relação aos tipos contratuais, a obra monográfica de Carlos Konder, que, partindo de elementos da teoria tipológica na construção da disciplina dos contratos legalmente disciplinados, admite a aplicação analógica de normas aos contratos atípicos (KONDER, Carlos Nelson. *Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, 2014, *passim*). Sem dificuldade lógica se pode estender essa conclusão aos contratos de características semelhantes.

de reconhecimento de cristalização de princípios legais em determinada lei, o que permite tranquilamente a sua aplicação em outros casos.

4. O tipo do contrato de franquia.

O mercado consumidor atual é profundamente influenciado pelo contrato de franquia. Esse contrato adquiriu elevada relevância para a atividade empresarial. Salvo algumas exceções, não existe disciplina desse contrato nos ordenamentos de *civil law*.⁶⁹ A situação do ordenamento brasileiro é peculiar, ao ter disciplinado na década de 90 esse contrato (Lei nº 8.955/1994).

Diversas são as razões econômicas para a celebração de contrato de *franchising*. De um lado, a notoriedade da marca e o sucesso consagrado de seus serviços e produtos asseguram ao franqueado um retorno de capital mais célere e volumoso do que poderia auferir se realizasse o mesmo investimento de forma independente.⁷⁰ Em relação aos interesses do franqueador, ao explorar fórmula bem sucedida, a franquia permite atingir vasto território sem elevado investimento de capital.⁷¹ Também, possibilita alcançar a racionalização e a

69 De acordo com Fernando Pinto, não existiria nos ordenamentos europeus a disciplina completa do contrato de *franchising* (PINTO, op. cit., p. 84). Apesar de não regular completamente o contrato de franquia, a Itália possui legislação (Lei nº 129/2004) disciplinando tal contrato. Outros países possuiriam apenas normas relativas à informação pré-contratual, como a lei belga de 19 de dezembro de 2005, o art. 62 da Lei nº 2006:484. Conforme será objeto do presente texto, a lei brasileira se aproxima bastante dessa postura ao tratar de obrigações pré-contratuais, e não disciplinar propriamente a relação contratual.

70 A título de exemplo, v. COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a Lei da Franquia. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 15-21, maio/jun. 1995, p. 15; e SILVA, Flavio Lucas de Menezes. Contrato de franquia empresarial: a instrumentalização de um negócio formatado. In: *Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

71 COELHO, op. cit., p. 15; e GOMES, op. cit., p. 578. Destacando o aspecto de exploração de fórmula de sucesso, cf. MONTEIRO, op. cit., p. 120; e SILVEIRA, Newton. O contrato de

padronização por meio de uma eficiente rede de distribuição de produtos e serviços; a diminuição do custo final dos produtos; e a adequação ao consumo de modo a programar a produção.⁷²

Em relação aos elementos característicos do contrato de franquia, este, como tipo social, possui atributos naturalmente fluídos.⁷³ Dada essa característica, será examinado nesse capítulo inicialmente o tipo social do contrato de franquia, para apenas, em seguida, avaliar a sua definição legal. O seu núcleo primordial corresponde à transmissão de modelo empresarial a terceiro mediando o pagamen-

“franchising”. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 157.

72 MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial*. Responsabilidade civil na extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 85. Na doutrina italiana, v. entendimento de Aldo Frignani: “*Per quanto concerne la causa la Cassazione, partendo dalla definizione dell’art. 1 legge n. 129, l’ha così identificata: ‘La causa [...] di un simile contrato è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una vera e propria rede autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dover intervenire direttamente nella realtà locale; per il franchisee, la possibilità di intraprendere un’attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor e, quindi, giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso, conseguentemente, di inserirsi sul mercato’ [Cass. Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 647, Promogest v. Corvi’s Comapany]” (FRIGNANI, Aldo. *Il contrato di franchising*. Giuffrè: Milano, 2012, p. 13). Em tradução livre: “A causa [...] de tal contrato é reconhecível na possibilidade, para o franqueador, de ampliar o seu volume de negócios e aumentar sua capacidade de penetrar no mercado, criando uma rede autônoma real para a distribuição de seus bens ou serviço, sem ter que intervir diretamente na realidade local; para o franqueado, a possibilidade de empreender uma atividade comercial com riscos reduzidos, dependendo da marca do franqueador e, portanto, aproveitando a posição de confiabilidade e prestígio adquirida pelo mesmo, consequentemente, de entrar no mercado” [Cass. Sec. III, 15 de janeiro de 2007, n. 647, Promogest v. Comapany de Corvi]”.*

73 Aplicam-se aqui as mesmas considerações feitas em relação ao contrato de distribuição. Fernando Pinto chamará o tipo de elástico, abarcando fenomenologia bastante diversa (cf. PINTO, op. cit., p. 67-68). Acrescenta o autor: “Por virtude da elasticidade do tipo – que, como se viu, acomoda no seu seio realidades econômica muito diversas entre si –, torna-se difícil apreender toda a riqueza econômica e jurídica deste fenômeno da *praxis* comercial num conceito definitório, a um tempo preciso e sintético” (PINTO, op. cit., p. 74). No entanto, a doutrina tende a indicar elementos como se necessariamente fizessem parte do tipo, inclusive em dissociação com a definição legal. Nesse sentido, v. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 393; e FRANCO, op. cit., p. 283.

to. Esse pagamento é normalmente dividido em pagamento inicial (*entry fee*) e prestações pecuniárias periódicas (*royalties*). Em torno desse centro obrigacional, existem uma série de elementos que podem fazer parte. O franqueador assegura o direito de uso de um conjunto de direito sobre uso de bens imateriais (marcas, insígnias, modelos, desenho industrial, direito autoral, patente, *trade dress*).⁷⁴ Ele também pode transferir *know-how* empresarial, que deve secreto e idôneo a conferir vantagem competitiva ao franqueado, ligado à assistência a respeito da gestão e da comercialização.⁷⁵ Por um lado, o franqueado assumiria a obrigação de implantar o sistema de franquia, cumprindo o programa pré-estabelecido e as indicações fornecidas, bem como o pagamento de retribuições; por outro, sujeita-se à fiscalização do franqueador.⁷⁶

A estruturação dos interesses típicos dos contratos de franquia e de concessão comercial possuem similaridades (v. item 1). Como consequência, existe zona cinzenta, na qual seria difícil qualificar esses contratos.⁷⁷ A vinculação de tais tipos contratuais à área econômi-

74 MARTINS, op. cit., p. 393. Na doutrina estrangeira, os elementos indicados assemelham-se aqueles indicados por FRIGNANI, op. cit., p. 44-45. Na doutrina portuguesa, v. PINTO, op. cit., p. 75-76.

75 Em relevante trabalho sobre o tema, Fábio Konder Comparato defende que a transferência de técnicas do franqueador constitui elemento essencial a esse tipo contratual, em especialmente o *engineering, management e marketing* (COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista Forense*, São Paulo, v. 253, p. 7-14, jan./mar. 1976, p. 7-8). Veja-se também ABRÃO, Nelson. A Lei da franquia empresarial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, p. 25-38, dez. 1995, p. 28. A doutrina acrescenta que o *know-how* é elemento essencial no contrato de franquia. Ele seria o elemento que possibilita a replicação do estabelecimento do franqueador, ao passo que a marca seria o elo de ligação entre a franquia e a clientela. Cf. SILVA, op. cit., p. 280.

76 Cf. COELHO, op. cit., p. 15; e MARTINS, op. cit., p. 396.

77 Paula Forgioni (FORGIONI, op. cit., p. 106) indica como a diferença o uso da marca de outro, o que não se verifica com a própria distribuição, como no caso da distribuição de veículos automotores. Essa dificuldade também é retratada na doutrina estrangeira. Antonio Fici aduz: “*Oltre l’aspetto essenziale dello scambio per la rivendita, anche quello dell’aggregazione imprenditoriale è dunque normalmente presente nella concessione di vendita, cosicché diventa difficile tracciare una distinzione astratta tra quest’ultimo schema e il tipo franchising, è legiti-*

ca em contínua mudança e evolução acarreta que o feixe de direitos e obrigações nele presente se torne bastante fluído ao invés de se cristalizar em modelos contratuais estereotipados e rígidos.⁷⁸

Para compreender a diferença, é necessário considerar que a noção do contrato de franquia depende do contexto histórico no qual inserido. Esse contrato foi inicialmente concebido nos Estados Unidos; os seus contornos eram então bastante amplos. Eles, inclusive, chegavam a coincidir com o contrato de concessão comercial.⁷⁹ Na designada primeira geração de contratos de franquia, esse tipo possuía normalmente como características a existência de exclusividade do franqueador, bem como a sua atuação sob marca ou insígnia do franqueador. A partir de evolução do conceito, a fórmula exportada ao mundo é diversa. Ela se baseia na criação de modelo econômico de organização empresarial, funcionalizado à promoção e comercialização e serviços.⁸⁰ A evolução do contrato de franquia permitiu ao

*timo piuttosto concludere nel senso che il contratto denominato dalle parte 'concessione di vendita' possa essere in concreto qualificato come franchising qualora la sua disciplina convenzionale contemplasse quegli elementi di aggregazione (di rete) che sono tipici del franchising, ovvero la concessione della disponibilità di una formula commerciale e il correlativo dovere di suo impiego da parte del concessionario" (FICI, Antonio. *Il contratto di franchising*. Nápolis: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 177). Em tradução livre: "Para além do aspecto essencial da realização de compra e venda, também a agregação de negócios está, portanto, normalmente presente na concessão de vendas, de modo que torna-se difícil elaborar uma distinção abstrata entre o último esquema, é legítimo concluir que o contrato chamado 'concessão de venda' pode ser efetivamente qualificado como *franchising* se sua disciplina convencional contemplar os elementos de agregação (de rede) que são típicos da franquia, ou seja, a concessão da disponibilidade de uma fórmula comercial e o dever correlato de seu uso pelo revendedor". Veja-se, ainda, PARDOLESI, op. cit., p. 2; DASSI, Anna. *I contratti di distribuzione*. Rozzano: IPSOA, 2002, p. 5; PRISCOLI, Lorenzo delli. *Franchising e tutela dell'affiliato*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 55; e NERVI, Andrea. *I contratti di distribuzione tra causa di sambio e causa associativa*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 21. Confira-se, ainda, GARCÍA HERREIRA, Alicia. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 142.*

78 DASSI, op. cit., p. 3-4.

79 PINTO, op. cit., p. 67-68.

80 O fenômeno é assim descrito por Fernando Pinto: "[...] um sujeito econômico (o franqueador) cria um modelo de organização empresarial (um modo de fazer negócios) funcionalizado

franqueado emular a fórmula empresarial, não se reduzindo a um simples método de distribuição de bens.

Nesse contexto, os núcleos obrigacionais dos contratos de concessão e franquia são diversos. Três elementos podem ser aplicados para distinguir os contratos de distribuição e franquia: (i) a diversa modalidade de remuneração em cada contrato; (ii) a maior elasticidade do tipo do contrato de franquia; o franqueador não necessariamente é responsável pela distribuição dos produtos, podendo assumir outra finalidade;⁸¹ e (iii) o controle exercido sobre o franqueado é maior em comparação daquele com o distribuidor.⁸²

à produção e comercialização de bens e serviços, externamente identificável através de uma marca ou outro sinal distintivo, testa-o empiricamente constituindo 'lojas-piloto' e possibilita, seguidamente, mediante contrato adrede celebrado, que terceiros beneficiem desse conceito já experimentado, criando e explorando estabelecimento em tudo idênticos, mediante pagamento de contrapartida pecuniária" (Ibidem, p. 67-68). No início da década de 90, quando o contrato de *franchising* ainda estava sendo introduzido, autorizada doutrina identificava no elemento da *prestação de assistência mercadológica* como elemento essencial do contrato de franquia. Tratava-se, em conjunto com a licença do uso da marca, como elemento imprescindível do contrato de franquia. Essa noção é identificada com o *Business Format Franchising*.

81 Apesar dessa constatação, doutrina autoriza ainda indica como elemento do contrato a sua posterior distribuição. GOMES, op. cit., p. 578. Eloquentes são as palavras de Fernando Pinto: "Assim contextualizado, o franchising não se reduz a um simples método de distribuição de bens, sendo bastante mais do que isso, consoante é, aliás, atestado pela própria estrutura remuneratória típica das relações de franquia, em que, ao contrário do que sucede com os demais distribuidores, o franquiado paga normalmente contrapartidas financeiras ao franqueador pela emulação da sua fórmula empresarial. Todavia, porque se trata de uma técnica contratual que pode ser (e é correntemente) utilizada para otimizar a penetração no mercado de produtos e serviços, suscitando um elevado grau de integração entre estimulantes, e que, pelo menos nalgumas das suas variantes, compartilha características comuns com os contratos de concessão de agência, o franchising é geralmente considerado como um fórmula jurídica de estruturação da distribuição comercial". (PINTO, op. cit., p. 69).

82 Em sentido similar, António Pinto Monteiro "Assim, começamos por notar que, do mesmo modo que o concessionário, é o franquiado um comerciante que, 'grosso modo', compra para revenda, actuando em seu nome e por conta própria e assume os riscos da comercialização. Habitualmente, beneficia também do direito de exclusivo e em ambos os casos se pode verificar uma obrigação de assistência aos clientes, bem como uma interferência da contraparte (concedente/franquiador) na sua organização. As diferenças são, todavia, claras: a) Por um lado, a *ingerência* do franquiador na actividade do franquiado – na sua organização, nos planos de

(i) A remuneração do distribuidor ocorre por meio do lucro decorrente da revenda dos produtos e serviços fornecidos pelo produtor. A sua remuneração, além de eventuais serviços prestados em favor do produtor, corresponderia da diferença do valor de venda do produto distribuído, que goza normalmente de certa relevância no mercado consumidor, e os seus custos para levar aos consumidores. O produtor se remunera pela constante venda de seus produtos e serviços à contraparte. O franqueador, por sua vez, para usufruir do modelo de negócio principal e atuar sob sua marca e/ou insígnia, realiza pagamento inicial para ingressar da rede do franqueador (chamada de *entry fee*) e pagar taxas mensais (*royalties*).

(ii) A ampla tipologia do contrato de franquia não permite ser circunscrita apenas às relações de distribuição. O seu objeto é mais amplo, de emulação de modelo empresarial, e não apenas de distribuição de bens e serviços. Para esclarecer a fisionomia do contrato de franquia,⁸³ a doutrina costuma indicar a seguinte classificação:⁸⁴ a) franquia de serviços: o franqueado presta serviços ao público, tais como nos ramos de hotelaria, locações de au-

fabrico e métodos de venda, na política de 'marketing', etc. – é muito mais *acentuada e extensa* do que na concessão. b) Por outro lado, o franquiado comercializa os bens *mediante a utilização obrigatória da marca e demais sinais distintivos de comércio* pertencentes ao franquiador. c) Em terceiro lugar, a licença de utilização destes sinais é *necessariamente* acompanhada do fornecimento de "*know-how*", de assistência, de métodos e planos de mercado, de conhecimento tecnológicos, de diretrizes sobre a política de "marketing" e dos meios publicitários, etc. d) Finalmente, é habitual, nos contratos de franquia, o pagamento de, de *contrapartidas*, pelos benefícios que resultam da utilização da marca e dos conhecimentos e assistência que recebe [...]" (MONTEIRO, op. cit., p. 124-125).

83 Essa classificação é objeto de críticas (v. PINTO, op. cit., p. 71), especialmente porque seria difícil observar distinção evidente entre as modalidades de contratos. O mais comum seria encontrar contratos híbridos, com a combinação dessas diversas classificações. Apesar da pertinência das críticas, essa classificação pode ser útil para compreender o elevado grau de elasticidade do contrato e a sua adaptação a diversas situações. Essa mesma elasticidade também permite a criação de diversas outras tipologias do contrato de franquia, o que o torna tipo contratual bastante rico e flexível.

84 Essa divisão, por sua vez, se extrai do caso *Pronuptia* julgado pela Corte de Justiça Europeia, em 28 de janeiro de 1986 (Causa nº 161/1984).

tomáveis e outros bens, lavanderias, revelações fotográficas, com base na fórmula empresarial desenvolvida pelo franqueador; b) franquia de distribuição: o franqueado se obriga a vender produtos fornecidos, fabricados, selecionados ou indicados pelo franqueador; e c) franquia de produção: o franqueado serve-se da tecnologia para produzir bens para vender sob a marca licenciada. Apesar de difundida, essa classificação é criticada, pois o contrato de franquia possui elevada ductibilidade e representa, na maior parte das vezes, em contrato híbrido desses elementos, não podendo se conceber classificação rígida.⁸⁵ De qualquer forma, se conclui que nem todos os contratos de franquia destinam-se à distribuição de bens e serviços. Existem, portanto, contratos de franquia com objeto diverso da distribuição e, por isso, não haveria semelhança com o contrato de concessão comercial.

(iii) No contrato de *franchising*, ocorre maior ingerência na esfera franqueado, bem como os laços com contraparte são mais estreitos. Tanto é assim que função do franqueador é indicada como aquela de fiscalizar a manutenção do padrão de qualidade e o respeito às características de seus produtos e serviços. A doutrina também aponta como sua característica primordial a capacidade dessa relação contratual criar a convicção nos próprios consumidores de que se trata de uma filial do próprio fabricante.⁸⁶

Explicitada a diferença entre o contrato de franquia e de distribuição, note-se que a realidade do tipo social de franquia, tal como extraído da prática mercantil, é diverso da sua definição legal. De acordo com a Lei nº 8.955/1994,⁸⁷ o contrato de franquia empresarial corresponderia à cessão pelo franqueador do direito de uso de marca

85 PINTO, op. cit., p. 71.

86 Na doutrina brasileira, v. MELLO, op. cit., p. 62.

87 Apesar das críticas, identifica-se como fator positivo da sua implantação a segurança jurídica por ela trazida. Cf. SILVA, op. cit., p. 251.

ou patente, aliado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços. A licença de utilização de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema é considerada como circunstância acidental, isto é, não é necessária para qualificação do contrato.⁸⁸ Vale dizer, o elemento da transferência de tecnologia de implantação e administração do negócio não precisa estar presente para a qualificação de determinada relação como franquia no ordenamento pátrio. Curiosamente, esse elemento seria aquele capaz de melhor transmitir a noção de franquia, que permitiria a transferência do modelo empresarial ao franqueado.

A definição disposta na lei apresenta inúmeras divergências em relação à caracterização da sua tipicidade social, como visto anteriormente.⁸⁹ Os requisitos exigidos para a aplicação da lei são bem

88 O artigo 2º da referida legislação usa para introduzir esse elemento o termo “eventualmente”: “[...], eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador [...]”.

89 A definição legal também é diversa em perspectiva comparada. A lei italiana nº 129/2004 define, em seu artigo primeiro, com mais detalhe e especificidade o contrato de franquia: “*L'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.*”. Em tradução livre: “A afiliação comercial (franchising) é o contrato entre dois sujeitos de direito, economicamente e juridicamente independentes, com base no qual uma parte concede a disponibilidade para o outro, diante de corresponsivo pagamento, de um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual relacionados com marcas comerciais, nomes comerciais, sinais, modelos de utilidade, desenhos, direitos autorais, know-how, patentes, assistência técnica ou comercial ou conselhos, colocando o franqueado em um sistema composto por uma pluralidade de afiliadas distribuídas em todo o território, propósito de comercialização de certos bens ou serviços”. A definição também diverge da definição elaborada na *model law* da Uncitral (comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional): “*franchise means the rights granted by a party (the franchisor) authorising and requiring another party (the franchisee), in exchange for direct or indirect financial compensation, to engage in the business of selling goods or services on its own behalf under a system designated by the franchisor which includes know-how and assistance,*

mais frouxos do que a comum caracterização do contrato de franquia. Apenas dois elementos são considerados essenciais para a aplicação da lei como prestação do franqueador: *a*) a cessão de bens imateriais (marca ou patente); e *b*) direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos. A referida lei determina, assim, que licença de uso de patente, com utilização de marca do franqueador se submeta às normas da lei. O elemento idôneo a caracterizar a franquia, enquanto tipo social, direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, não é obrigatório para a sua aplicação.

A imagem construída desse tipo legal⁹⁰ apresenta especificida-

prescribes in substantial part the manner in which the franchised business is to be operated, includes significant and continuing operational control by the franchisor, and is substantially associated with a trademark, service mark, trade name or logotype designated by the franchisor. It includes: (A) the rights granted by a franchisor to a sub-franchisor under a master franchise agreement; (B) the rights granted by a sub-franchisor to a sub-franchisee under a sub-franchise agreement; (C) the rights granted by a franchisor to a party under a development agreement. For the purposes of this definition 'direct or indirect financial compensation' shall not include the payment of a bona fide wholesale price for goods intended for resale". Em tradução livre: "franquia significa os direitos concedidos por uma parte (o franqueador) que autoriza e exige que a outra parte (o franqueado), em troca de compensação financeira direta ou indireta, se envolva no negócio de vender bens ou serviços em seu próprio nome de acordo com um sistema desenhado pelo franqueador, que inclui *know-how* e assistência, prescreve substancialmente a forma como o negócio do franqueado deve ser operado, inclui controle operacional significativo e contínuo pelo franqueador e está substancialmente associado a uma marca registrada, marca de serviço, nome comercial ou logotipo designado pelo franqueador. Inclui: (A) os direitos concedidos por um franqueador a um sub-franqueador sob um contrato de franquia mestre; (B) os direitos concedidos por um sub-franqueador a um sub-franqueado sob um contrato de sub-franquia; (C) os direitos concedidos por um franqueador a uma parte no âmbito de um acordo de desenvolvimento. Para os fins desta definição, 'compensação financeira direta ou indireta' não deve incluir o pagamento de um preço de atacado de boa-fé para produtos destinados à revenda".

90 A despeito da aludida previsão, existem autores que negam a tipicidade do contrato de franquia. De acordo com Leonardo Sperb, com razão afirma que a aludida lei não instituiu modelo regulativo desse contrato, mas apenas algumas normas restritivas às informações prévias indispensáveis à contratação, à míngua das quais poderá o franqueado arguir a anulabilidade

des que expandem o contrato de franquia empresarial, tal como legislativamente previsto, a uma faixa ampla de relações contratuais além daquelas ordinariamente qualificadas como franquia. Em razão dessa noção mais extensa de franquia na lei, muitas vezes ela engloba relações por alguns qualificadas como tipo social de distribuição, na qual existe uma licença de marca e ocorre distribuição exclusiva ou semi-exclusiva.⁹¹ Essa aplicação não é capaz de afetar primordialmente o contrato de distribuição, uma vez que a disciplina da lei é classificada como *disclosure statute*. As suas normas impõem o dever de transparência na relação,⁹² cuja inobservância pode levar a nulidade do contrato. Foram previstas, nesse sentido, diversas obrigações do franqueador no momento das tratativas (art. 3º da Lei da Franquia Empresarial). Além de ser determinada formalidade para a celebração desse contrato (art. 6º), estabelece-se a anulabilidade do contrato caso a sua minuta não seja entregue à contraparte dez dias antes de sua assinatura (art. 4º).

5. Síntese conclusiva.

As conclusões do texto foram alcançadas e ressaltadas em

do contrato (PAOLA, op. cit., p. 128-129). Em entendimento contrário, defende-se que a não é a maior ou menor amplitude da regulação que permite seja configurado o tipo contratual (Cf. MELLO, op. cit., p. 56). Em favor da tipicidade v. tb. COELHO, op. cit., p. 15-16; SILVA, op. cit., p. 272; REDECKER, Ana Claudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 42; ABRÃO, op. cit., *passim*; e MARTINS, op. cit., p. 398.

91 A partir da definição do contrato de franquia na lei italiana (como contrato, celebrado entre duas partes independentes, com base no qual uma delas concede a disponibilidade à outra, mediante corresponsivo, direito de propriedade industrial ou intelectual relativo à marca, denominação comercial, insígnia, modo de utilidade, desenho, direito de autor, *know-how*, assistência técnica e comercial, inserindo o franqueado em um sistema de rede de distribuição de bens e serviços), defende parcela da doutrina a extensão dos efeitos dessa lei ao contrato de concessão comercial, em razão os confins desses tipos serem de fato imprecisos e de não existir na aludida lei circunstância que, em princípio, inviabilizaria tal aplicação analógica. V. FICI, op. cit., p. 178 e 181.

92 COELHO, op. cit., p. 15-16.

cada item. A fim de esclarecer a linha argumentativa, faz-se necessário, então, tratá-la de forma linear. O rico quadro legislativo exigiu exame minucioso da legislação existente relativa aos contratos inseridos no processo econômico de distribuição. Em paralelo, desenvolveu-se no âmbito desse quadro legal tentativa de enquadrar cada um dos tipos contratuais utilizados na prática, mas não previstos pelo legislador.

Para tanto, foi necessário a exploração da diversa estruturação dos interesses entre, de um lado, os contratos de distribuição e franquia e, de outro, de agência e representação comercial. A partir daí, foi possível não apenas visualizar melhor os interesses das partes, mas também examinar o contrato de “distribuição”, previsto pelo Código Civil. Examinou-se, ainda, o contrato de distribuição de veículos automotores, que se coloca entre o contrato de distribuição e de franquia. Então, se examinou o tipo social do contrato de franquia, bem como o espectro de aplicação da legislação relativa a esse contrato.

O tratamento horizontal desses tipos contratuais é essencial para a sua adequada distinção, especialmente diante de sua elevada variabilidade para atender aos novos interesses das partes e permitir a mais eficiente distribuição no mercado consumidor de bens e serviços. O tratamento autônomo ou apenas estrutural desses contratos arriscaria construir noção rígida e pouco aderente à mutável realidade dos canais de distribuição. A opção exercitada no texto foi recompensada com maior colorido à grande riqueza de aspectos e técnicas dos operadores de tal mercado.

OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO CATEGORIA DOGMÁTICA: CARACTERÍSTICAS GERAIS DE UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO¹

HYBRID CONTRACTS AS A DOGMATIC CATEGORY: GENERAL FEATURES OF A DEVELOPING CONCEPT

Angelo de Carvalho

Resumo: O dinamismo que é próprio da atividade econômica requer formas jurídicas adequadas aos anseios dos agentes de mercado, sob pena de serem frustrados os seus objetivos e solapadas potenciais eficiências. Embora a clássica distinção dogmática entre contratos de intercâmbio e contratos de sociedade ainda desempenhe função importante, ela mascara um conjunto significativo de negócios que se situam entre essas noções polares. Tratam-se das formas híbridas de contratação, que congregam elementos de hierarquia e mercado ao produzirem, em relações contratuais de longo prazo, estruturas cooperativas que, preservando os interesses contrapostos das partes, de modo que não se amoldam à dogmática contratual ou societária. Assim, pretende-se apresentar a noção de contratos híbridos e tratar da repercussão de seu acolhimento como categoria jurídica.

Palavras-chave: Contratos híbridos. Custos de transação. Dogmática jurídica.

Abstract: The dynamism which characterizes economic activity

¹ Artigo recebido em 25.09.2017 e aceito em 05.11.2018.

requires legal structures that adequately address the desires of the market agents. Otherwise, their goals and potential efficiencies may be hampered. Even though the classic dogmatic distinction between exchange and association contracts still plays an important role, it hides a meaningful array of operations which are located between these polar notions. These notions are the hybrid forms of contracting, congregating hierarchical and market elements in order to produce, in long-term relationships, cooperative structures that preserve opposing interests and, thus, do not fit into traditional Contract Law or Company Law concepts. Therefore, this paper is going to present the concept of hybrid contracts and hence address its effects on legal theory.

Keywords: Hybrid contracts. Transaction costs. Legal theory.

Sumário: 1. Introdução. 2. A constante transformação das formas jurídicas de organização da atividade econômica. 3. A economia dos custos de transação e as formas híbridas entre empresa e mercado. 4. A necessária reformulação da teoria contratual para a compreensão dos contratos híbridos. 5. Os contratos híbridos como categoria dogmática intermediária à sociedade e ao intercâmbio: características gerais de uma categoria em construção. 5.1. A incompletude como característica essencial dos contratos híbridos. 5.2. Contratos híbridos como “ordenamentos privados”. 5.3. A atipicidade nos contratos híbridos. 5.4. A dependência econômica. 6. Consequências da noção de contrato híbrido sobre a dogmática jurídica clássica. 6.1. A causa como critério de identificação e interpretação dos contratos híbridos. 6.2. A boa-fé objetiva como critério de interpretação e integração dos contratos híbridos. 7. Conclusão.

1. Introdução.

A macroempresa verticalizada já não mais ocupa a posição de maior destaque dentre as formas de organização da atividade econômica. As grandes estruturas verticais de controle de órgãos subordinados a um poder hierárquico central têm dado lugar a relações horizontais e pulverizadas, organizadas por intermédio de contratos extremamente sofisticados por meio dos quais se estabelecem regulamentos para relações de longo prazo entre as partes. Por mais que esses acordos muitas vezes consistam no compartilhamento de riscos para a realização de finalidade comum, há casos em que a eficiência desejada pelas partes reside justamente na manutenção de sua autonomia e mesmo de interesses contrapostos entre os polos da relação jurídica.

Sendo certo que agentes econômicos inseridos em contextos de mercado tenderão a buscar as opções pelas quais possam promover maior economia de custos de transação, é natural que esses *players* procurem superar as dificuldades operacionais que são próprias dos modelos clássicos de organização da atividade econômica. Nesse sentido, por mais que os contratos realizados livremente em mercado permitam a utilização do mecanismo de preços e, regra geral, possibilitem grande autonomia e liberdade de contratação, envolvem diversos ônus de negociação, de fiscalização e de execução das operações realizadas, dificultando em grande medida a expansão das atividades das partes. De outro lado, ao passo que os modelos hierárquicos que são próprios das sociedades forneçam meios para superar parte das assimetrias informacionais e para reduzir os custos de transação da contratação em mercado, tais organizações impõem padrões de subordinação que podem não corresponder aos anseios das partes.

Frente a tais dificuldades e tendo em vista outros fatores como a globalização e a desagregação proporcionada pelos sistemas digitais, o poder econômico tem se estruturado por meio de novas formas que desafiam não apenas as concepções teórico-econômicas

clássicas, mas sobretudo as formas jurídicas pelas quais esses fenômenos econômicos usualmente se manifestam. É no âmbito desse debate que se situam os contratos híbridos, negócios que, ao mesmo tempo que criam estruturas organizativas destinadas a gerir relações de longo prazo, mantêm as esferas particulares de cada uma das partes, que não visam compartilhar riscos e podem até ser concorrentes.

Contudo, a estranheza de tais formas econômicas para as categorias de que dispõe o direito traz consigo uma série de dificuldades, sobretudo relativas à responsabilização das partes perante terceiros. Porém, de outro lado, é necessário que o direito conte com parâmetros interpretativos que deem conta do dinamismo dessas novas formas, reconhecendo e protegendo sua função econômica. Não há que se falar, portanto, na desconsideração peremptória ou no controle total e constante de todos os contratos que destoem minimamente de modelos típicos. Com essas preocupações no horizonte, este trabalho procurará apresentar as principais características dos contratos híbridos e potenciais indicativos de soluções da ordem jurídica para as mencionadas controvérsias, desde suas bases econômicas até a estruturação de seus alicerces jurídico-dogmáticos.

2. A constante transformação das formas jurídicas de organização da atividade econômica.

O desenvolvimento e a consolidação das instituições econômicas capitalistas dependem em grande medida da adaptabilidade dos agentes às circunstâncias e da eficiência das formas pelas quais organizam suas atividades. O fenômeno econômico não pode ser tratado de maneira estanque, pois se estrutura em meio social constantemente afetado pelas transformações observadas no mundo ao longo dos anos, desde o aumento populacional até o avanço tecnológico.² A necessidade de racionalização dos processos produtivos, de

² SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de

introdução de novas técnicas de gestão do risco e de estruturação de negócios suficientemente eficientes para atender às diversas demandas sociais ensejou a criação de uma série de tecnologias jurídicas destinadas a operacionalizar a circulação de riquezas.³

As transformações verificadas no âmbito das práticas comerciais e no volume de transações realizadas em mercados requerem, portanto, “regras que contemplem não apenas a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial”.⁴ As formas jurídicas pelas quais se operacionaliza a atividade econômica se traduzem em respostas exigidas pelas forças que fundamentalmente impulsionam o capitalismo, isto é, os novos mercados, novos bens de consumo, entre outros fatores que, como intuiu Schumpeter, revolucionam incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo o que era antigo para introduzir novos elementos.⁵

A estrutura hierárquica e as decorrentes relações de subordinação dela oriundas fazem do Direito Societário, conforme aduz Wiedemann,⁶ um “pequeno estado de direito” cuja formação da vontade deve ser organizada mediante a implementação de procedimentos que assegurem a supremacia da maioria acionária e, de outro lado, a proteção das minorias. O Direito Comercial, nessa linha, “longe está

Cultura, 1961, p. 108. Cf. POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001.

3 MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present and future. *The Canadian Journal of Economics*. v. 21, n. 3, p. 444-458, ago. 1988, p. 444.

4 SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

5 Trata-se, segundo o autor, do chamado “processo de destruição criadora”, compreendido como essencial para a compreensão da estrutura do capitalismo. “É dele que se constitui o capitalismo e a ele deve se adaptar toda a empresa capitalista para sobreviver” (SCHUMPETER, op. cit., p. 110).

6 WIEDEMANN, Herbert. Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 15.

de ser apenas servo do mercado ou da racionalidade econômica”.⁷ Pelo contrário, a função precípua do direito nas relações societárias é a de assegurar a correspondência entre poder e responsabilidade,⁸ razão pela qual o ordenamento impõe uma série de deveres aos gestores de sociedades para garantir não apenas a proteção dos interesses dos sócios, mas também dos diversos sujeitos afetados pela atividade empresarial, a exemplo dos trabalhadores, consumidores, concorrentes e poder público.⁹

Não se pode esquecer, portanto, que a atividade econômica exige segurança e estabilidade das relações jurídicas, de sorte a atender satisfatoriamente as necessidades sociais e a criar riquezas.¹⁰ Por esse motivo, segundo Rachel Sztajn,¹¹ o papel do jurista é o de delinear e esclarecer o âmbito de aplicação das normas destinadas a regular as relações entre agentes econômicos para que, “no exercício de atividades econômicas, atendam às especificidades e, sobretudo, às necessidades do tráfico negocial, das operações repetidas e igualmente estruturadas realizadas em mercados”.

Ainda mais recentemente, o contexto econômico passou por importante transformação com a intensificação do comércio eletrônico, possibilitado pelo advento das tecnologias da informação e da expansão da sociedade de rede. Tais empreendimentos se caracterizam por articularem de maneira eficiente imperativos de satisfação do consumidor, de redução de custos e de operabilidade.¹² Ocorre

7 FORGIONI, Paula. *A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

8 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 433.

9 Ver, por todos, FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

10 SZTAJN, op. cit., p. 10.

11 Ibidem, p. 10-11.

12 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 65.

que, por mais desejável que seja a inovação tecnológica e econômica, o ritmo acelerado das transformações da organização econômica tende a favorecer o chamado “empreendedorismo evasivo”, já que os agentes econômicos tenderão a esquivar-se da incidência da regulação estatal em razão do ineditismo de suas formas.¹³

A necessidade da criação de formas jurídicas capazes de, de um lado, endereçar adequadamente as demandas sociais ao fornecer a infraestrutura adequada para o desenvolvimento de empreendimentos comerciais e, de outro, promover estruturas de controle aptas a assegurar a segurança das transações e a observância de normas jurídicas cogentes perpassa, portanto, o esforço histórico em dar viabilidade jurídica a iniciativas econômicas. Tais observações servem para demonstrar a importância de estruturas conformadoras da interação humana para definir de forma clara os objetivos dos sujeitos envolvidos.¹⁴ Nesse sentido, o sucesso de determinado arranjo organizacional estará condicionado ao nível de aproveitamento das oportu-

13 ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. *IFN Working Paper* n. 1044, 2014.

14 Nesse sentido, a moderna economia institucional traz importantes conceitos pelos quais procura explicar a natureza de tais mecanismos: trata-se da distinção entre organizações e instituições. Organizações, segundo Douglass North (NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 4-5), são grupos de indivíduos ligados por um propósito comum para alcançar determinados objetivos, dotados de estruturas de governança e habilidades específicas que servem para determinar seu êxito ao longo do tempo. As organizações dizem respeito, portanto, a entidades políticas – como partidos, agências reguladoras e casas legislativas –, entes econômicos – a exemplo de empresas, sindicatos e cooperativas – e outros agrupamentos sociais relevantes que servem para atingir certos fins a partir de restrições formais ou informais já existentes no meio social em questão. As restrições que limitam o espaço de ação das organizações constituem as regras do jogo a serem observadas para que as organizações alcancem seus objetivos de maneira eficiente. Tais limitações à discricionariedade dos agentes econômicos, denominadas instituições, desempenham papel fundamental na estruturação das relações de mercado, na medida em que fornecem a infraestrutura necessária ao desenvolvimento da atividade econômica. As amarras institucionais que condicionam a atividade econômica variam radicalmente conforme o tempo e o espaço e servem para definir o *modus operandi* da economia ao moldarem os custos a serem superados para que um determinado agente possa alcançar os fins que pretende alcançar (NORTH, op. cit., p. 107-117).

tunidades possibilitado pelo reconhecimento das instituições vigentes, de modo que, conforme intuiu Frank Knight,¹⁵ os agentes econômicos se organizarão da maneira mais eficiente possível em mercados caóticos quando lograrem êxito em transformar incertezas em riscos controlados.

É por esse motivo que, como já se viu, a regulação jurídica pode desempenhar mais do que simplesmente a função de fornecer formas predefinidas para o exercício de atividade econômica organizada, servindo também como ferramenta de acomodação de inovações imprevistas pelo sistema ao fornecer arcabouço normativo capaz de conferir segurança aos agentes envolvidos e também a terceiros.¹⁶ Adicione-se, contudo, que a atividade econômica caminha passos à frente da regulação jurídica, de tal maneira que, uma vez que determinada forma de organização internaliza os procedimentos institucionais vigentes, ela própria se torna o vetor da mudança institucional.¹⁷ Desse modo, as formas jurídicas predefinidas pelo sistema podem não corresponder às expectativas dos agentes econômicos que, em seu comportamento maximizador ou mesmo movidos por interesses alheios à razão, estruturam suas atividades por formas alternativas e imprevistas pelo ordenamento, fenômeno melhor compreendido a partir do prisma da teoria dos custos de transação, a ser explorada a seguir.

3. A economia dos custos de transação e as formas híbridas entre empresa e mercado.

Sendo certo que os agentes econômicos contam com uma multiplicidade de formas de organização de suas transações no mer-

15 Cf. KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1964.

16 ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 23.

17 NORTH, Douglass, op. cit., p. 79-80.

cado por intermédio da articulação de arranjos institucionais que correspondam às suas necessidades e às demandas a que pretendem responder,¹⁸ torna-se necessária a reflexão sobre os motivos de adoção de uma forma organizativa ou outra. Nas palavras de Kenneth Arrow,¹⁹ o fato de existirem incentivos para a integração vertical e a organização da atividade econômica em estruturas hierárquicas em lugar de simples trocas no mercado evidencia a existência de custos de operação do sistema econômico (*costs of running the economic system*).

Tal constatação desafia frontalmente a concepção econômica neoclássica segundo a qual os indivíduos agem racionalmente para maximizar seus ganhos coordenando-se através do mecanismo de preços, isto é, a partir da alocação eficiente de recursos segundo a oferta e a demanda. No entanto, conforme percebido por Ronald Coase,²⁰ mesmo a compreensão de que o sistema econômico se autorregula a partir do mecanismo de preços não afasta a necessidade de planejamento pelos indivíduos. Segundo o autor, o esforço preditivo das condições do mercado envolve necessariamente a escolha entre alternativas de alocação de recursos, escolha esta que, embora seja simples na negociação por agentes autônomos – que se orientam pelo mecanismo de preços –, ocorre de maneira diversa quando indivíduos se organizam em entes empresariais.

A grande questão enfrentada por Coase em seu artigo clássico *The nature of the firm* é, portanto, a de compreender a razão pela qual as “firmas”, isto é, as organizações, surgem em economias com

18 Cf. MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude. *Economia das organizações: formas plurais e desafios*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

19 ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures*, v. 91, n. 1, 1969.

20 COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica: New Series*, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937, p. 387-388.

alto grau de especialização²¹. A percepção do movimento dos agentes econômicos da contratação direta em mercados para a formação de estruturas cooperativas em torno de firmas aponta, assim, para a conclusão fundamental de Coase: a de que, tendo em vista que existem custos de utilização do mecanismo de preços – especialmente na negociação e na conclusão de contratos para cada operação de troca, o que requer a agregação de informações suficientes para a percepção das condições do mercado –, a formação de uma organização que conte com autoridade para alocar recursos reduz tais custos.²²

Os chamados custos de transação, dessa maneira, consistem em explicação do problema da organização da atividade econômica como um problema de contratação.²³ A noção segundo a qual a empresa se constitui como mecanismo de redução de custos de transação²⁴ envolve, portanto, a maior facilidade de que dispõem tais entidades para elaborar, negociar e executar negócios, com maiores condições para administrar contingências e agir de maneira informada na interação com os demais agentes de mercado,²⁵ de sorte a transformar eficientemente incertezas em riscos e, assim, perceber lucros mais significativos.

No dizer de Coase,²⁶ em um ambiente sem custos de transação, a forma de organização da atividade econômica é irrelevante, restando aos agentes o comportamento maximizador.²⁷ Contudo,

21 Ibidem, p. 390.

22 Ibidem, p. 390-392.

23 WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 20.

24 Cf. EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 8-9.

25 WILLIAMSON, op. cit., p. 20.

26 COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

27 WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*, v. 22, n. 2, p. 233-261, out. 1979, p. 233.

uma vez que os custos de transação entram na discussão, haverá arranjos contratuais cujo custo superará qualquer ganho que potencialmente forneceriam. É por essa razão que se faz necessária uma descrição satisfatória das estruturas gerais de governança da atividade econômica, de modo a fornecer explicações sobre a correspondência dessas formas de governança com as instituições vigentes,²⁸ o que inclui as normas jurídicas.

A operação em mercados, contudo, pode apresentar problemas, seja em razão dos custos de obtenção de informações relevantes,²⁹ seja em virtude da ausência de mecanismos de mitigação do oportunismo e estabilização de expectativas.³⁰ O mercado é, na definição de Williamson,³¹ uma “estrutura de governança de transações não específicas”, na medida em que compradores e vendedores de identidade preservada negociam bens padronizados. Nesse caso, trata-se de ambiente mais vantajoso quando o que vem ao caso são transações recorrentes cuja realização pode depender tão somente da experiência das partes contratantes para prever e mitigar os riscos aos quais estão submetidas.³²

Há transações, porém, que os mercados não são capazes de organizar de maneira eficiente. A necessidade de reduzir custos de transação mediante a adoção de estrutura capaz de centralizar o poder decisório para concluir negócios de forma mais eficiente enseja, segundo Coase,³³ a criação de estruturas hierárquicas por meio das

28 Ibidem, p. 234.

29 Cf. ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review*, v. 62, n. 5, p. 777-795, dez. 1972.

30 WILLIAMSON, The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting, op. cit., p. 63.

31 WILLIAMSON, Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*, op. cit., p. 248.

32 Ibidem, p. 248.

33 COASE, The nature of the firm, op. cit., p. 389-392.

quais os recursos serão alocados de maneira mais adequada. Assim, a firma produz uma forma de divisão do trabalho na qual o empresário desempenha papel central no processo produtivo, coordenando as atividades de seus empregados para gerar bens negociáveis em mercado.³⁴

Contrariamente aos mercados, nos quais o mecanismo de preços prevalece sobre elementos oriundos da identidade dos agentes, a identidade das organizações integradas importa para que seja possível prever, em maior ou menor medida, seu *modus operandi*. Nesse sentido, tem-se que os limites das organizações integradas “são determinados pelo poder de decisão, isto é, pela capacidade de escolher o que fazer, como fazê-lo e quando fazer”.³⁵ Por isso se pode afirmar que, tendo em vista que consistem em formas de agregação do poder de escolha em agentes centrais, as organizações hierárquicas operam a partir de intrincado sistema de coordenação dos fatores de produção.³⁶

É claro que, em determinados mercados, é possível reduzir em grande medida os custos de contratação, sobretudo em face da especialização desses ambientes institucionais.³⁷ Da mesma maneira, não se pode descartar que, por mais que a organização da atividade econômica em firmas possa ter por objetivo reduzir os custos de transação ao congregar em um só ente diversas operações que seriam realizadas dispersa e individualmente no mercado, firmas também celebrarão contratos com consumidores e umas com as outras e, a depender do contexto, poderão sofrer pela ausência de informações sobre o mercado.³⁸

34 WILLIAMSON, The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting, op. cit., p. 209-210.

35 MÉNARD; NUNES; SILVA, op. cit., p. 18.

36 Ibidem, p. 18.

37 COASE, The nature of the firm, op. cit., p. 398-400.

38 MILGROM; ROBERTS, op. cit., p. 456.

Em suma, os agentes econômicos tenderão a buscar a estrutura de governança mais adequada para gerir e reduzir seus custos de transação, sobretudo quando submetidas a pressões competitivas.³⁹ Ocorre que, da mesma forma que as relações interempresariais não se limitam à dinâmica competitiva, mercados e hierarquias não compreendem a totalidade dos arranjos adotados pelos agentes econômicos para desenvolver suas atividades. É por essa razão que ganham substancial importância os arranjos contratuais que se posicionam entre empresa e mercado, os chamados híbridos.

A definição do alcance das atividades de determinado agente econômico tradicionalmente envolve a decisão entre “produzir ou comprar” (*make or buy*), o que determinará os limites da forma organizacional adotada, na medida em que uma dada transação será realizada internamente sempre que seu custo for inferior ao da aquisição da mercadoria em questão no mercado.⁴⁰ Entretanto, a constatação segundo a qual tais opções nem sempre levarão a arranjos organizacionais adequados⁴¹ justifica a criação de novas formas de organização da atividade econômica que sejam capazes de dar vazão à demanda pela redução de custos de transação.

É nesse sentido que, além da hierarquia e do mercado, a atividade econômica se organiza por uma terceira via: a das formas híbridas, que se localizam entre esses polos, unindo fatores de um e de outro para endereçar mais adequadamente formas peculiares de contratação, como contratos a longo prazo e que envolvam intercâmbio recíproco de informações e bens, congregando aspectos de cooperação e competição, como é o caso da franquia e da transferência de

39 MÉNARD; NUNES; SILVA, op. cit., p. 25.

40 BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 2.

41 FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 203.

tecnologia.⁴² Os híbridos, assim, fornecem estrutura de combinação das formas polares, servindo de “guarda-chuva conceitual” para uma multiplicidade de arranjos verificáveis na prática mercantil, desde contratos de longo prazo singulares até complexas redes de contratos.⁴³

No entanto, formas híbridas não são tão somente combinações de outras formas, mas contêm características próprias que permitem diferenciá-las das formas polares: (i) os híbridos envolvem coordenação explícita, na medida em que têm por objetivo gerar sinergias a partir da cooperação de parceiros comerciais que, apesar disso, têm seus riscos segregados e independentes; (ii) os híbridos dispõem de mecanismos de adaptação que se distinguem do papel dos preços nos mercados ou da hierarquia nas organizações integradas, contando com estruturas específicas de regulação da cooperação entre as partes contratantes; (iii) por mais que os híbridos constituam forma de exploração da atividade econômica, os agentes envolvidos “permanecem legalmente distintos e autônomos organizacionalmente, competindo em diferentes graus”.⁴⁴

As formas híbridas, assim, fornecem categoria na qual podem ser incluídas práticas comerciais que apenas paradoxalmente poderiam ser consideradas empresa ou mercado. Nesse sentido, afirma Teubner⁴⁵ que arranjos híbridos desempenham importante papel de dissolução desses paradoxos ao traduzir aparentes contradições que seriam achatadas pelas estruturas inadequadas das formas tradicionais. No sentir de Williamson⁴⁶, as formas híbridas elidem tais contra-

42 WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative science quarterly*. v. 36, n. 2, p. 269-296, jun. 1991, p. 280.

43 MÉNARD; NUNES; SILVA, op. cit., p. 19.

44 Ibidem, p. 20.

45 Cf. TEUBNER, Gunther. Hybrid arrangements as de-paradoxifiers: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. Tübingen, v. 152, n. 1, p. 59-64, mar. 1996.

46 WILLIAMSON, Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives, op. cit., 1991, p. 280.

dições, já que, ao operar por contratos de longo prazo, preservam a autonomia das partes, de modo a permitir seu reposicionamento – como sói ocorrer no mercado –, porém contam com salvaguardas ao cumprimento das avenças que vinculam o comportamento dos envolvidos – o que ocorre em maior grau na hierarquia. Observe-se, com isso, que híbridos não são meros intermediários entre contratos e organizações, mas consistem em arranjos contratuais que ressaltam simultaneamente comportamentos de indivíduos e de empresas.⁴⁷

Todavia, por mais ampla que seja a definição de contratos híbridos e por mais diversa que possa ser a variedade de arranjos verificáveis na prática mercantil, Ménard⁴⁸ ensina que há um conteúdo mínimo verificável nos negócios para encapsulá-los nessa categoria: é necessário que existam entes autônomos realizando negócios em conjunto, ajustando suas prestações com baixa influência do sistema de preços e compartilhando ou intercambiando tecnologias, capital, produtos e serviços, porém sem direção ou controle unificados. Em síntese, contratos híbridos consubstanciam relações cooperativas em que, não obstante, as partes envolvidas mantêm sua autonomia e interesses contrapostos.

Como se pode deduzir das considerações acima, o fato de tais formas organizacionais serem implementadas por meio de instrumentos contratuais apresenta também desafios importantes ao direito contratual clássico: de que maneira as categorias contratuais já existentes podem traduzir adequadamente para termos jurídicos as peculiaridades do fenômeno econômico dos híbridos? Em que medida e de que maneira seria adequado cogitar de categoria jurídica para conformar fenômeno tão dinâmico? Como identificar e responsabilizar as partes envolvidas, sobretudo no que diz respeito a normas cogentes ou de ordem pública? Tais questões são essenciais para o desenvolvi-

47 TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. The parasitic role of hybrids. *Journal of institutional and theoretical economics*, Tübingen, v. 149, n. 4, p. 706-715, dez. 1993, p. 707.

48 MÉNARD, Claude. The economics of hybrid organizations. *Journal of institutional and theoretical economics*. Tübingen, v. 160, n. 3, p. 345-376, set. 2004, p. 348.

mento de tal fenômeno econômico, cujas características devem necessariamente estar conformadas pelas instituições que estruturam seu ambiente, dentre as quais figuram especialmente as normas jurídicas.

Tais controvérsias servem para demonstrar que contratos são fenômenos complexos que transitam simultaneamente nos campos do direito e da economia, o primeiro procurando acompanhar o dinamismo do segundo e o segundo devendo conter seus “instintos animais” tendo em vista as amarras advindas do primeiro. É nesse sentido que Teubner⁴⁹ recorre a metáfora científica para afirmar que, tal qual a luz, contratos se comportam ora como partículas, ora como ondas. Comportam-se como partículas pois se traduzem em atos pontuais, seja na conclusão de instrumento jurídico, seja na operacionalização de transação econômica, nos quais estarão em jogo os interesses dos sujeitos envolvidos. De outro lado, comportam-se como ondas pelo fato de transitarem em diversos níveis comunicacionais, alcançando os planos do direito, da economia e das relações sociais em geral, característica que evidencia o dinamismo do fenômeno contratual e as diversas instâncias preocupadas com seus efeitos.

A intersecção do direito com a economia na análise contratual é especialmente importante quando se está a tratar de contratos híbridos em razão de dois aspectos centrais dessas formas organizacionais que, embora fortemente intrincados, merecem tratamento específico: (i) a longa duração dos contratos; (ii) os mecanismos de governança dessas relações.

O primeiro ponto é justamente o que justifica a definição da cooperação como caráter essencial dos contratos híbridos, sendo o fator que – embora possa parecer contraditório – permite a criação de fortes vínculos nos quais a boa-fé objetiva incide enfaticamente para autorregular relações de agentes que não têm interesse em recorrer

49 TEUBNER, Gunther. In the blind spot: the hybridization of contracting. *Theoretical inquiries in law*, Tel Aviv, v. 8, n. 1, p. 51-71, 2006, p. 62.

ao judiciário para resolver suas desavenças.⁵⁰ De outro lado, a longa duração é também o que permite a criação de amarras institucionais que evitem comportamentos oportunistas tendentes a dissipar as rendas que as partes contratantes procurariam potencializar, dando lugar ao chamado *rent-seeking*.⁵¹

É necessário, portanto, que os instrumentos jurídicos destinados à operacionalização desse fenômeno econômico sejam melhor desenvolvidos, sob pena de categorias jurídicas antigas dificultarem manifestações legítimas da autonomia privada ou, de outro lado, não endereçarem adequadamente eventuais questões advindas de sujeitos afetados por tais arranjos que procurem responsabilizar as partes envolvidas, especialmente no que tange às áreas de regulação imperativa.

4. A necessária reformulação da teoria contratual para a compreensão dos contratos híbridos.

O reconhecimento de novas categorias jurídicas de direito contratual reflete a necessidade de modernização das teorias clássicas com vistas não a inserir mecanismos inovadores descolados da prática, mas a manter a economia de mercado funcionando normalmente, garantindo-se o fluxo normal da circulação de riquezas.⁵² Tal atualização é necessária pelo fato de a concepção segundo a qual contratos servem tão somente à transmissão da propriedade e à gestão de direitos de crédito não mais corresponder aos objetivos das relações celebradas no mercado. Os agentes econômicos passam a exigir, conforme defende Galgano,⁵³ que contratos detenham enfática função regu-

50 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 383.

51 *Ibidem*, p. 384.

52 GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 96, p. 423-433, 2001, p. 230.

53 GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2011, p. 25.

latória, de maneira a endereçar interesses de ordem geral das partes e mesmo o estado futuros das relações jurídicas por elas estabelecidas.

Nesse sentido, pontua Enzo Roppo⁵⁴ que o contrato não esgota sua função na constituição e regulação de relações jurídicas patrimoniais, mas a partir da evolução da vida social e das trocas econômicas passa a “dar vida directamente a uma complexa organização de homens e meios, que adquire objectividade autónoma em relação ao contrato e às relações contratuais de que emerge, e que, por assim dizer, transcende”. Isso significa dizer que, para além de uma comunhão de interesses econômicos, o contrato adquire características institucionais na medida em que passa a objetivar a garantia de estabilidade e continuidade das relações econômicas, ao mesmo tempo assegurando o dinamismo que é ínsito à economia de mercado.⁵⁵

Embora seja tarefa árdua, a dogmática jurídica deve estar atenta às diversas reconstruções às quais seus conceitos são submetidos ao longo das décadas, sobretudo no que diz respeito a noções como a de contrato, sujeitas à flexibilidade e ao dinamismo de ambientes institucionais em constante e veloz transformação como ocorre no sistema econômico.⁵⁶ Tanto é assim que, de acordo com Hugh Collins,⁵⁷ o direito contratual paulatinamente deve ser reinterpretado e reconstruído para dar conta das mudanças sociais, especialmente no que toca à percepção de falhas de mercado a serem mitigadas por estruturas jurídicas. Em suma, defende Collins que o direito contratual deve ter por objetivo regular mercados, práticas comerciais e práticas sociais de contratação, de modo a ressaltar os valores fundantes do ordenamento e, ao mesmo tempo, proteger as esferas de autor-

54 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 305.

55 *Ibidem*, p. 305-309.

56 Cf. VÉKÁS, Lajos. Contract in a rapidly changing institutional environment. *Journal of institutional and theoretical economics*, Tübingen, v. 152, n. 1, p. 40-54, mar. 1996.

57 COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. ed. Londres: LexisNexis, 2003, p. 30-35.

regulação estruturadas pelas partes no âmbito de sua autonomia privada.

Daí defender Teresa Negreiros⁵⁸ que o contrato não pode estar submetido a uma teoria geral que o considere fenômeno monolítico. Segundo a autora, o direito, como fenômeno social que é, não pode ser subsumido a encadeamentos conceituais abstratos, sendo necessário que esteja aberto ao aperfeiçoamento de seu saber teórico, de modo que as classificações que adota para suas categorias – por mais que lhes seja necessário os atributos de segurança e previsibilidade – sejam apenas aparentemente estáticas.⁵⁹ É claro que, em direito, “é próprio das classificações que a sua validade seja aferida em função de sua relevância prática”.⁶⁰

Se, por um lado, é necessário formular critérios de diferenciação dos contratos com vistas a dar conta da complexidade das sociedades contemporâneas,⁶¹ por outro cabe recordar que a adoção de determinada forma organizacional ou de outra será condicionada pela aptidão dessa estrutura para reduzir os custos de transação da atividade econômica. Nesse sentido, tem-se que o direito privado reduz custos de transação ao fornecer figuras jurídicas a serem adotadas pelas organizações, tanto no âmbito interno – ao fornecer mecanismos de equilíbrio do poder dos integrantes de uma organização – quanto no âmbito externo – ao delinear as estruturas de ação econômica autônoma a serem encontradas no mercado.⁶²

58 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 300.

59 Ibidem, p. 348.

60 Ibidem, p. 350.

61 Ibidem, p. 305.

62 Cf. DRUEY, Jean Nicolas. The path to the law: the difficult legal access of networks. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 98.

Contudo, muito embora se possam esperar do direito respostas ágeis a problemas emergentes da prática econômica, não se pode atribuir às regras jurídicas toda a responsabilidade pela tradução de fatos em normas.⁶³ Na verdade, o tratamento jurídico de determinada questão fática depende de conceituação teórica prévia, tendo em conta que, conforme pontuou Druey, o direito se posiciona entre a vontade das partes envolvidas e a vontade política de regular tal relação.⁶⁴ Desse modo, não se pode querer atribuir ao direito uma elasticidade que seus conceitos jamais terão:⁶⁵ pode haver casos nos quais contratos de intercâmbio e contratos de sociedade, por mais ampla que seja a lente pela qual se lhes analisa, não correspondam aos reais desejos e necessidades da vida econômica.

É por essa razão que Teubner não hesita em dizer que fenômenos híbridos não são conceitos jurídicos, mas sim sociológicos.⁶⁶ Os híbridos, de acordo com o Teubner, se apresentam em formas contratuais de maneira a desafiar o amplo leque de normas regulatórias desenvolvidas pelo Estado Social para dominar monstros corporativos.⁶⁷ Por esse motivo, o autor pontua que os híbridos tendem a naturalmente movimentar-se entre inovação e evasão à ordem jurídica vigente.⁶⁸ A grande dificuldade apresentada por tais formas organizacionais, assim, é a de que muitas vezes transitam por zonas cinzentas do ordenamento, sendo essencial indagar se por detrás de formas contratuais não se ocultam organizações hierárquicas complexas

63 DRUEY, Jean Nicolas, op. cit., p. 94.

64 Ibidem, p. 94.

65 Loc. cit.

66 TEUBNER, Gunther. *Coincidentia Oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization*. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 3.

67 _____. *Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks*. In: WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of critical contract law*. Londres: Dartmouth, 1992, p. 211-212.

68 Ibidem, p. 212.

nas quais os contornos das fontes do poder empresarial são esmaecidos.⁶⁹

A formulação dessa nova categoria dogmática deverá ser permeada por uma reformulação na teoria contratual, que passa a se preocupar não apenas com trocas pontuais ocorridas no mercado, de maneira que os contratos deixam de prever tão somente as condições para a realização de trocas para servir como instrumentos de planejamento de relações de longo prazo a serem travadas pelas partes.⁷⁰ Nesse sentido, levando-se em consideração a impraticabilidade de se considerar o contrato como acontecimento isolado e descontínuo, impõe-se a formulação de novo paradigma jurídico que compreenda contratos que, por seu próprio objeto, devem deixar indeterminadas várias de suas cláusulas, a serem colmatadas ou renegociadas ao longo de espaço do tempo no qual agem em grande medida a boa-fé objetiva, a equidade e o fim social do contrato.⁷¹ Em outras palavras, ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁷² que “o direito obrigacional foi construído a partir da idéia do contrato instantâneo, como se a manifestação da vontade e a sua execução se dessem de uma só vez, tudo explicado pelas circunstâncias presentes no momento da celebração”.

O contrato relacional, segundo Ricardo Lorenzetti,⁷³ apresenta objeto vazio, pois trata, na verdade, de procedimentos de atuação das partes e de regras que servirão para coordenar o comportamento des-

69 Ibidem, loc. cit.

70 É o que observa Stewart Macaulay (MACAULAY, Stewart. Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 775-804, 2000, p. 778), para quem as partes, nos contratos relacionais, procuram “trazer o futuro ao presente”.

71 AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 97.

72 Ibidem, p. 98.

73 LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, v. I, p. 51.

ses sujeitos de maneira a especificar as prestações do negócio ao longo de seu cumprimento. Assim, as prestações contratuais têm caráter processual, de sorte que não se perfarão em um dar ou fazer determinado, mas determinável ao longo do tempo.⁷⁴ Com isso, tem-se que a relação obrigacional travada entre as partes adquire sentido dinâmico, sendo dotada de diversas fases interdependentes que concorrem para o sucesso da operação econômica subjacente.⁷⁵

A teoria dos contratos relacionais desenvolvida pelo direito anglo-saxão procura compreender a natureza do comportamento das partes submetidas a vínculos jurídicos de longo prazo, caracterizados pela enfática incidência de solidariedade, cooperação e confiança.⁷⁶ A abordagem relacional advém da observação empírica do fenômeno contratual, que evidencia o papel desempenhado pelas normas sociais na definição do comportamento das partes. Tanto é assim que, para alguns autores, todo contrato seria relacional, na medida em que todo liame contratual contará com uma dimensão de entendimentos implícitos que motivará a tomada de decisão das partes antes mesmo de terem seus comportamentos constrangidos por normas jurídicas.⁷⁷

Assim, os contratos relacionais se caracterizam sobretudo por exigirem das partes “comportamento adequado a cada nova situação”⁷⁸ surgida ao longo de seu vínculo de longo prazo, o que necessariamente requer o redimensionamento do formalismo interpretativo que caracteriza a teoria contratual clássica.⁷⁹ A incompletude que é ínsita a tais negócios, dessa forma, levará à solução de controvérsias não necessariamente pela invalidação ou resolução, mas pela rene-

74 Ibidem, p. 51.

75 COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20.

76 GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos relacionais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 321-322.

77 LEIB, Ethan. Contracts and friendships. *Emory law journal*, v. 59, p. 649-726, 2009, p. 655.

78 AGUIAR JR., op. cit., p. 99.

79 Ibidem, loc. cit.

gociação a partir de mecanismos de governança contidos em suas cláusulas.⁸⁰ Daí a possibilidade de, em esforço de delineamento das características dogmáticas dos contratos híbridos, apontar as características gerais dessa noção jurídica em construção e, ainda, os impactos do acolhimento desse conceito sobre a doutrina contratual clássica.

5. Os contratos híbridos como categoria dogmática intermediária à sociedade e ao intercâmbio: características gerais de uma categoria em construção.

Em face do exposto acerca da natureza peculiar dos contratos híbridos e da dificuldade de amoldar determinadas operações econômicas às categorias disponíveis entre os contratos de intercâmbio e o contrato de sociedade, tem-se que a teoria do direito, com vistas a conferir segurança a tais relações contratuais inovadoras, deve modificar suas bases de maneira a conferir-lhes parâmetros operativos e interpretativos. Nesse sentido, ensina Santoro-Passarelli⁸¹ que o direito deve, ao assumir determinados dados sociais, levar em consideração “a idoneidade da vontade privada para produzir consequências que o ordenamento torna jurídicas”. Em outras palavras, o direito deve se estruturar não a partir da dedução de conceitos de um sistema completo, mas a partir da busca de soluções para problemas que determinarão a adequação ou não das categorias existentes para a sua análise.⁸²

A insegurança que é própria da ausência de parâmetros adequados à interpretação contratual é também denunciada por Karl La-

80 Ibidem, loc. cit.

81 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Atlântida, 1967, p. 140.

82 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UnB, 1979, p. 37-40.

renz,⁸³ para quem “*sería arriesgado que el juez debiese tratar de inferir del propio contrato la regulación por vía de interpretación complementaria del mismo siempre que las partes no hayan regulado todas las eventualidades em su contrato*”. O instrumento contratual frequentemente não oferecerá pontos de apoio suficientes, podendo ser submetido a diversas regulações distintas, de modo a gerar considerável insegurança. É por essa razão que a lei prevê uma série de espécies contratuais destinadas a conferir alguma previsibilidade a tais relações, porém suas disposições não podem ser demasiadamente específicas, sob pena de se frustrar o desenvolvimento da autonomia privada.⁸⁴

Vale lembrar que, conforme pontuou Paula Forgioni,⁸⁵ os contratos de colaboração surgem da necessidade de “evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos)”. Assim, os contratos híbridos, isto é, que se encontram no entremeio dos contratos de intercâmbio e de sociedade, merecem constituir nova categoria dogmática que, embora apresente distintas gradações, operacionaliza-se de maneira diversa à das categorias polares que, no direito, já receberam maiores delineamentos.

Em sua obra clássica “A Evolução do Direito”, Rudolf von Jhering definiu o que, a seu entender, seriam as duas formas fundamentais do comércio jurídico: o intercâmbio e a associação. O intercâmbio, segundo o autor, se caracteriza pela existência de prestações recíprocas levadas a cabo para satisfazer partes com interesses distintos. Dessa forma, o intercâmbio pressupõe a perda de determinado bem detido por uma das partes – mercadorias, dinheiro, dentre ou-

83 LARENZ, Karl. *Derecho civil*. parte general. Madri: EDERSA, 1978, p. 750-751.

84 Idem, p. 750-751.

85 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 173-175.

tros – em troca do recebimento de um dado bem detido pela outra que interessa à primeira.⁸⁶ No âmbito dessa configuração básica podem ser abarcados os diversos tipos contratuais cujas causas tenham por premissa o intercâmbio, a exemplo da compra e venda, da permuta, da locação, do mútuo, entre outros.

De outro lado, assevera Jhering que as necessidades do mundo da vida podem transcender indivíduos isolados e passar a requerer que sujeitos com necessidades e objetivos semelhantes unam esforços para atingir tais finalidades. Desse modo, os interesses comuns dos indivíduos ensejam a celebração de um contrato de sociedade que, segundo o autor, integra uma categoria especial de contratos que podem conter uma infinidade de necessidades ou causas, mas têm em comum uma utilidade prática: a associação.⁸⁷ A sociedade, portanto, enfatiza em grande medida a colaboração, isto é, o compartilhamento dos riscos do empreendimento.⁸⁸ Nesse sentido, tem-se que nos contratos de sociedade as partes também se obrigam umas com relação às demais, porém os deveres de cada uma das partes surgem “em razão do escopo comum e em função da organização comum que assim geralmente se cria com características de relativa estabilidade e duração”.⁸⁹

É possível observar, assim, que a distinção de Jhering parte da oposição fundamental entre diferença e identidade de objetivos. Ao passo que no intercâmbio se traduz na diferença entre os recursos e objetivos de uma das partes que as motiva a travar relações contratuais, na sociedade as partes se reúnem justamente por compartilharem seus objetivos.⁹⁰ No entanto, Jhering deixou de antever a emergência de formas contratuais que, frente aos imperativos da vida eco-

86 JHERING, Rudolf von. *L'évolution du droit*. Paris: Marescq, 1901, p. 85-86.

87 Ibidem, p. 86-87.

88 FORGIONI, op. cit., p. 158.

89 ROPPO, op. cit., p. 83.

90 JHERING, op. cit., p. 86-87.

nômica, congregam aspectos de ambas as formas descritas para estruturar negócios “de entremeio”⁹¹ ou, na terminologia adotada por este trabalho, “híbridos”. Assim, os agentes econômicos optam por abrir mão da segurança que decorre dos tipos societários “pela preservação de maior mobilidade de atuação no mercado”,⁹² porém pretendem preservar a característica cooperativa que traz eficiência aos seus negócios.

O estudo dos híbridos não pode, portanto, afastar o fato de que as espécies verificáveis entre mercado e sociedade podem apresentar uma multiplicidade de diferenciações, na medida em que adquirirão contornos diferentes a depender das necessidades da cadeia de produção em que se inserem. Ao comentar a *crisi della fattispecie*, Natalino Irti⁹³ ressalta o papel do direito de pensar o porvir, no sentido de descrever uma possibilidade abstrata de fato a ocorrer no futuro e, assim, procurar definir os efeitos jurídicos correspondentes. Não se trata, aqui, de descrever fato pretérito já conhecido, mas de fato ou classe de fatos futuros aos quais a norma atribui algum grau de probabilidade de ocorrência.

Do exposto até o presente momento, já é possível depreender algumas das características básicas dos contratos híbridos: (i) são contratos relacionais, no sentido de que buscam disciplinar uma relação de longo prazo entre as partes e, por isso, anteveem, por termos amplos, as bases para o comportamento colaborativo futuro;⁹⁴ (ii) apesar dessa característica colaborativa, as partes mantêm isolados seus riscos e áleas,⁹⁵ característica que os diferencia dos contratos associativos. Tendo em vista essas considerações, os itens a seguir tratarão de algumas características que influem na compreensão e inter-

91 FORGIONI, op. cit., p. 154.

92 Ibidem, p. 160.

93 Cf. IRTI, Natalino. La crisi della fattispecie. *Rivista di diritto processuale*, v. 36, n. 1, 2014.

94 FORGIONI, op. cit., p. 177-178.

95 Ibidem, p. 172-176.

pretação desses contratos: em primeiro lugar, a incompletude e seu papel como ordenamentos privados, características essenciais dos híbridos, e, em segundo lugar, a atipicidade e a dependência econômica, que, embora não se façam presentes em todos os híbridos, tratam-se de elementos importantes para a compreensão de seus efeitos.

5.1. A incompletude como característica essencial dos contratos híbridos.

A opção por menor ou maior detalhamento das previsões contratuais traduz uma escolha deliberada das partes sobre o grau de risco que pretendem enfrentar. Por isso, a incompletude consiste em traço fundamental dos contratos híbridos, na medida que é ela que os posiciona no entremeio dos mecanismos de puros incentivos do mercado e da dissipação de risco proporcionada pelas soluções integradas.⁹⁶ Certo é que, na formulação de contratos, as partes poderão optar por abordagem minudente das contingências que eventualmente virão a enfrentar ou, de outro lado, tão somente prever *standards* de cumprimento ou incumprimento, sem afetar diretamente a onerosidade do contrato no momento da pactuação.⁹⁷ No entanto, ainda que assim desejem, as partes jamais conseguirão regular todas as situações a serem enfrentadas na execução da operação,⁹⁸ razão pela qual a decisão sobre maior ou menor acabamento não terá o condão de afastar a incompletude, mas de aumentar ou diminuir a rigidez dos termos do negócio.⁹⁹

A manutenção de “imperfeições e incertezas” no instrumento contratual não necessariamente será fruto da inépcia das partes, po-

96 ARAÚJO, op. cit., p. 147.

97 Ibidem, p. 148.

98 Cf. SZTJAN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 44, p. 29-49, jul. 2005.

99 SZTJAN, Teoria jurídica da empresa, op. cit., p. 14-15.

dendo ser, na verdade, medida eficiente levada a cabo em lugar de negociações que, por si só, geram custos de transação.¹⁰⁰ Nesse sentido, segundo Fernando Araújo, o inacabamento contratual resulta da ponderação entre custos marginais, isto é, “custos de completamento” dos contratos, e benefícios marginais do completamento, a exemplo da redução do oportunismo ou da possibilidade de renegociação futura.¹⁰¹

A incompletude que se estende por longo período requer regulação adequada pelo contrato, sob pena de os custos de transação economizados ao se adotar instrumento mais flexível serem desperdiçados em renegociações posteriores. Tendo isso em vista, é necessário que os contratos incompletos sejam dotados de cláusulas que disponham sobre medidas procedimentais de alteração da relação contratual, as quais Bellantuono denomina por “*default rules*”.¹⁰²

A previsão de estruturas procedimentais de renegociação é também medida estratégica, uma vez que a incompletude pode tanto ser súbita quanto deliberada. A incompletude do contrato, em suma, poderá ser consequência das técnicas de contratação diferenciadas em virtude da complexidade das operações econômicas a elas subjacentes.¹⁰³ O papel dos mecanismos de governança dos contratos híbridos será comentado logo a seguir, porém é importante repisar que, para não insuficiência da autonomia das partes para regular situações imprevistas, o ordenamento deve, antes de tudo, servir para reduzir incertezas nas relações contratuais, motivo pelo qual não pode a jurisprudência ser vacilante ao tratar de situações extremas como a onerosidade excessiva.¹⁰⁴

100 ARAÚJO, op. cit., p. 150.

101 Ibidem, p. 161.

102 BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000, p. 100-115.

103 CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./jun. 2014, p. 165-168.

104 Ibidem, p. 193.

Os contratos híbridos, enquanto caso especial dos contratos relacionais, são caracterizados por apresentarem modalidade qualificada de mecanismos de gestão da incompletude. Não é por outra razão que tais instrumentos são considerados verdadeiros regulamentos ou, como se verá a seguir, “ordenamentos privados” dotados de mecanismos de resolução de controvérsias e mesmo de renegociação dos termos contratuais internos à relação entre as partes.

5.2. Contratos híbridos como “ordenamentos privados”.

A incompletude e a longa duração dos contratos híbridos, conforme exposto acima, acirram em grande medida os laços de confiança estabelecidos entre as partes, que orientarão seus comportamentos de maneira cooperativa com vistas a reduzir custos de transação por intermédio da coibição do oportunismo e da mitigação das barreiras informacionais decorrentes da racionalidade limitada dos agentes de mercado. Os instrumentos contratuais regentes dessas operações, assim, deixam de ser meras questões de escolha de agentes maximizadores para passarem a ser lidos como estruturas complexas por meio das quais são estabelecidas as regras do jogo, isto é, as amarras institucionais que conformarão o comportamento das partes envolvidas.¹⁰⁵

Nesse sentido, Oliver Williamson sustenta serem os contratos híbridos ordenamentos privados criados pelas partes para realinhar incentivos e estruturar transações por intermédio de estruturas de governança mais protetivas do que aquelas fornecidas pela regulação estatal, tendo por objetivo mitigar os problemas contratuais que emergiriam habitualmente.¹⁰⁶ Macaulay, na mesma linha, assinala que estruturas contratuais podem desenvolver mecanismos de controle

105 WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. *The American economic review*, v. 92, n. 2, p. 438-443, maio 2002, p. 438.

106 Ibidem, p. 438.

social poderosos de tal maneira a constituir verdadeiros “governos privados”, dispondo de regras advindas de autorregulação que adquirem força cogente no interior das organizações.

Os ordenamentos privados a que se refere Williamson têm por objetivo transportar para o campo da autonomia privada a resolução de conflitos que possam surgir no curso da relação contratual. Com isso, os aspectos institucionais que antes eram relacionados apenas às formas de organização hierárquica passam para os instrumentos contratuais na forma de cláusulas de governança ou mesmo de casos especiais de incidência da boa-fé objetiva. O papel da boa-fé objetiva deve voltar à discussão nesse ponto justamente pelo fato de a regulação privada das relações de longo prescindir inclusive de estruturas artificiais especificamente elaboradas para lidar com tais questões. Em diversas ocasiões, a reputação dos agentes envolvidos servirá como forma de calibragem de seu comportamento, na medida em que perdas de credibilidade por parceiros econômicos serão tão ou mais custosas em determinados mercados do que sanções pecuniárias.¹⁰⁷

O estudo das *networks* ou redes de contratos híbridos pode ser, aqui, trazido à discussão pelo fato de contratos como ordenamentos privados poderem se inserir no contexto de grandes cadeias de produção, garantindo que os parâmetros estabelecidos no contrato celebrado na ponta inicial da cadeia sejam mantidos até a entrega do produto ao consumidor final. Isso ocorre em razão da adoção de parâmetros de controle diversos do mecanismo de preços, de maneira a reduzir o oportunismo.

Exemplo interessante pode ser percebido no caso das franquias, arranjos contratuais já consagrados na literatura sobre contratos híbridos pelo fato de, por definição, coletivizarem a ação dos

107 RICHMAN, Barak D. Firms, courts, and reputation mechanisms: towards a positive theory of private ordering. *Columbia law review*, v. 104, p. 2328-2368, 2004, p. 2336.

agentes sem socializar a responsabilidade.¹⁰⁸ Tendo em vista que franqueador e franqueados respondem a incentivos econômicos diversos, a performance das partes poderá ser modulada por termos contratuais que estabeleçam, dentre outros fatores, a padronização de processos produtivos, a definição dos critérios de uso dos ativos intelectuais do franqueador.¹⁰⁹

Em síntese, ao mesmo tempo que a instituição de “ordenamentos privados” por meio de contratos híbridos é vantajosa por permitir, no âmbito da autonomia privada das partes contratantes, o desenvolvimento de relações econômicas complexas que não se amoldam adequadamente aos modelos previstos pelo ordenamento, de outro lado é necessário compatibilizar tais práticas com a regulação protetiva de interesses difusos e de vulneráveis. Os híbridos, assim, localizam-se no centro do paradoxo entre super-regulação e desregulação, porém é necessário ter em vista que tais problemas não podem ser solucionados com respostas gerais, senão setoriais.¹¹⁰ Com isso, parece temerário defender a regulação dos contratos híbridos como um todo, na medida em que apresentam dimensões contextuais e específicas aos mercados em que são implementados.

5.3. A atipicidade nos contratos híbridos.

Já se comentou que os contratos híbridos não necessariamente serão atípicos, podendo inclusive ser interessante a descrição de seus efeitos em lei para garantir a proteção de determinados interesses relevantes. Basta lembrar que o contrato de integração vertical foi

108 TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. *Franchising and the law*. das Recht des Franchising. Baden: Nomos, 1991.

109 Cf. KLEIN, Benjamin. The economics of franchise contracts. *Journal of corporate finance*, v. 2, p. 9-37, 1995.

110 Cf. SUNSTEIN, Cass. *Free markets and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

recentemente tipificado pela Lei nº 13.288/2016. Não é a tipicidade, portanto, que definirá o caráter híbrido ou não de determinado contrato. Porém, o próprio fato de ser o contrato híbrido categoria que intermeia os contratos de intercâmbio e de sociedade torna a atipicidade atributo consideravelmente comum, razão pela qual deve estar no horizonte de análise de tais negócios, seja para a compreensão do contrato como um todo, seja para a integração de cláusulas atípicas.

Na síntese de Caio Mario da Silva Pereira,¹¹¹ os contratos típicos são aqueles cujas regras disciplinares “são deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis”. Porém, “a imaginação humana não estanca”, pois “cria novos negócios, estabelece novas relações jurídicas, e então surgem outros contratos afora aqueles que recebem o batismo legislativo”,¹¹² os contratos atípicos.

A tipificação dos contratos de modo algum objetiva limitar a autonomia privada. Os tipos servem, na verdade, para simplificar a contratação, fornecendo às partes modelos equilibrados de contratos mais importantes ou frequentes, integrando as estipulações das partes da maneira pela qual o contrato é usualmente celebrado.¹¹³ Importa notar, nesse sentido, que contratos típicos e atípicos são categorias separadas apenas em divagações teóricas. No meio social, é justamente o entrelaçamento de elementos típicos e atípicos que desafia os intérpretes, sobretudo aqueles encarregados de aplicar normas de regulação cogente que, de alguma maneira, limitam a liberdade contratual.¹¹⁴ Aqui, pode-se acrescentar que, em contratos complexos como os contratos híbridos, dificilmente se poderá alcançar estado de tipificação completa de suas cláusulas, motivo que confirma a impor-

111 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 54.

112 *Ibidem*, p. 54.

113 VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 90.

114 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 148.

tância de o legislador deixar espaço para o desenvolvimento da autonomia privada mesmo quando decide pela nomeação.

Assim, ao passo que os contratos atípicos suscitam dificuldades de interpretação e de descoberta da legislação aplicável, contratos mistos – ou seja, compostos ou por um amálgama de elementos de típicos e atípicos ou pela junção de dois ou mais contratos típicos – trazem indagações sobre a possibilidade ou não de aplicação direta da legislação vigente sobre a parte típica.¹¹⁵ Ao problema dos contratos mistos, a doutrina classicamente forneceu três respostas: (i) a teoria da absorção, segundo a qual o negócio preponderante absorveria os demais para conferir-lhes sua disciplina; (ii) a teoria da combinação, que, ante à dificuldade de identificação do elemento preponderante, prima pela aplicação da disciplina legal concernente a cada elemento do contrato misto; e (iii) a teoria da aplicação analógica,¹¹⁶ segundo a qual não basta a cumulação de disciplinas diversas, sendo necessário interpretar o contrato de maneira holística e orgânica, como síntese de elementos variados. Pode-se, ainda, mencionar a possibilidade de não se tratar propriamente de contrato misto, mas de contratos coligados que, embora distintos, são conexos em razão de vínculo funcional.¹¹⁷

Sendo dispensáveis aqui grandes divagações sobre a classificação dos contratos atípicos e já comentados os parâmetros essenciais para sua interpretação e integração – causa e boa-fé objetiva – no que toca aos contratos mercantis, resta repisar que contratos são manifestações jurídicas de fatos econômicos e, por essa razão, representarão barreiras institucionais aos arroubos dos agentes econômi-

115 VARELA, João de Matos Antunes. Contratos mistos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. 143, p. 143-168, 1968, p. 152.

116 ENNECERUS, Ludwig von. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1950, v. II, p. 3.

117 Ver, por todos, KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

cos. Os contratos atípicos, nesse sentido, apresentam particularidade importante: eles podem apresentar causa ilícita.¹¹⁸

Aqui, pode-se rememorar a lição de Gunther Teubner¹¹⁹ sobre a flexibilidade dos contratos híbridos, que pode não passar e um eufemismo para a evasão à regulação imperativa. No entanto, a potencialidade de uso estratégico dos contratos híbridos não pode servir de pretexto para a imposição de normas legais restritivas e demasiadamente dirigistas sobre seu conteúdo. Pelo contrário, é importante que o ordenamento forneça um quadro regulatório capaz de incentivar a liberdade contratual e a autonomia privada e que, ao mesmo tempo, atenda aos imperativos das normas cogentes, especialmente as protetivas de interesses difusos. Assim, novamente de acordo com Teubner,¹²⁰ as economias de custos de transação estarão sujeitas ao escrutínio do direito, que distinguirá as legítimas das ilegítimas e, em decorrência disso, deverá contar com mecanismos eficazes de responsabilização equitativa dos copartícipes de negócios que, sob a penumbra da atipicidade, procurem burlar a lei.

5.4. A dependência econômica.

A união de agentes econômicos independentes em vínculos contratuais de longo prazo consubstanciada nos contratos híbridos parte do pressuposto de que, muito embora desfrutem de eficiências criadas por sua relação cooperativa, as partes dessas avenças permanecem concorrentes. Os interesses contrapostos, desse modo, constituem um dos principais atributos distintivos dos contratos híbridos com relação a outros contratos relacionais, como os contratos associativos. No entanto, a colaboração e os interesses contrapostos não

118 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65.

119 TEUBNER, Gunther. The many-headed Hydra: networks as higher order collective actors. In: MCCAHERY, Joseph; PICCIOTTO, Sol; SCOTT, Colin. *Corporate control and accountability: changing structures and the dynamics of regulation*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 216-220.

120 TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 220-223.

implicam a simetria econômica e informacional entre as partes contratantes. Pelo contrário, a racionalidade de arranjos híbridos tem por premissa a complementariedade entre atributos e esforços específicos de cada uma das partes.

Ocorre que, por mais preservada que permaneça a autonomia das partes, o desenrolar da relação contratual poderá firmar as bases de verdadeira relação de dependência econômica, cujo grau somente pode ser percebido *ex post*, o que pode justificar adaptações e dar azo a conflitos.¹²¹ Nem sempre os termos dos contratos híbridos serão negociados entre partes equiparadas. Pelo contrário, em contratos como franquias e distribuição é usual que as condições sejam estabelecidas por uma empresa central com a qual o outro polo da relação manterá relação de dependência em maior ou menor grau.¹²²

A dependência econômica não constitui, por si só, disfunção nos contratos, sendo inclusive natural em alguns arranjos. Porém, a grande preocupação nesse ponto advém dos riscos de agência, o que, em grau exacerbado, poderia desconfigurar a própria natureza híbrida do negócio a partir do momento que o agente exercesse controle externo sobre seus parceiros. Aqui, Hugh Collins¹²³ traça interessante paralelo: empresários dependentes em contratos híbridos se aproximariam, em substancial medida, a empregados, uma vez que suas atividades seriam coordenadas de igual maneira por poder hierárquico que somente se diferenciaria em intensidade. A possibilidade de controle externo da empresa central sobre suas parceiras dependentes, na verdade, desnaturaria a própria natureza híbrida dos acordos. Os híbridos, diferentemente de relações de dependência comuns, tendem a criar o que Schanze,¹²⁴ ao se referir à simbiose de

121 MÉNARD, The economics of hybrid organizations, op. cit., p. 353.

122 COLLINS, Hugh. Legal regulation of dependent entrepreneurs: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 263-270, mar. 1996, p. 266.

123 Ibidem, p. 267.

124 Cf. SCHANZE, Erich. Symbiotic arrangements. *Journal of institutional and theoretical economics*, v. 149, n. 4, p. 691-697, dez. 1993.

agentes econômicos, denominou por “dupla estrutura de agência”, isto é, uma relação de interdependência que garantiria a cada uma das partes a apropriação das rendas oriundas de seus próprios interesses que, embora muitas vezes convergentes, são autônomos.

Note-se que, nos contratos híbridos que estabelecem relações de dependência econômica, há maior aproximação ao modelo hierárquico, uma vez que mesmo a sua incompletude é mitigada pelo fato de a parte mais fraca atuar como *longa manus* do modelo de negócio definido pela empresa central. A prevenção a comportamentos oportunistas, nesse caso, é de fundamental importância inclusive para que os franqueados detenham maior poder de barganha frente ao franqueador, o que pode ser possibilitado pela introdução de incentivos ao compartilhamento de informação ao longo da rede.¹²⁵

Vale ressaltar que a autoridade é mecanismo de governança distinto da hierarquia, que qualifica os contratos de sociedade. Segundo Ménard,¹²⁶ a relação hierárquica é fundada em assimetrias não negociáveis e na capacidade de comandar sujeitos subordinados. A autoridade, por outro lado, consiste na delegação, por entidades juridicamente distintas, do poder de decisão sobre uma classe de ações que lhes caberiam. A autoridade, assim, constitui mecanismo central de adaptação das formas híbridas ao possibilitar a alocação dinâmica de centros de poder de decisão ao longo da relação cooperativa duradoura. É a autoridade que, congregando confiança e liderança, será capaz de instaurar a ordem privada que regulará a relação entre as entidades autônomas. É claro que tal interferência será graduada, já que pode abrir margem tanto para a inserção de cláusulas puramente potestativas como para a instituição de controle externo.¹²⁷

125 COLLINS, op. cit., p. 268-269.

126 MÉNARD, Claude. Le pilotage des formes organisationnelles hybrides. *Revue économique*. v. 48, n. 3, p. 741-750, maio 1997, p. 743-748.

127 FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 420-425.

A hipótese de controle externo, conforme aponta Ana Frazão,¹²⁸ pode se dar em qualquer contrato, porém encontra nos contratos híbridos campo mais fértil para seu desenvolvimento. No controle externo, o poder de dominação será exercido *ab extra*, ou seja, por controlador que não será sequer integrante de órgão social da empresa controlada.¹²⁹ Ocorre que, ocorrendo controle externo, fica caracterizado grupo contratual que, por conseguinte, consistirá em ato de concentração a ser submetido ao controle prévio do CADE, nos termos do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011.¹³⁰ No entanto, não se pode generalizar tal hipótese. No dizer de Ana Frazão, “há de se ter cautela para não fazer generalizações excessivas que possam comprometer as diferentes formas pelas quais os agentes empresariais alocam e gerenciam os riscos do negócio”.¹³¹

O que vale frisar ao fim dessa reflexão sobre dependência econômica é que, por mais que se deva deixar o ambiente negocial livre para o desenvolvimento da autonomia privada das partes, os contratos híbridos merecem especial atenção das autoridades regulatórias e, especialmente, da autoridade da concorrência. Contudo, a atuação dos reguladores não pode ser no sentido de recrudescer e ampliar o controle prévio de estruturas sobre negócios contratuais, mas fortalecer o controle *ex post* para penalizar as condutas anticompetitivas levadas a cabo em razão da adoção dessas formas e, ainda, a simulação de contrato associativo sob a forma de híbrido.

6. Consequências da noção de contrato híbrido sobre a dogmática jurídica clássica.

Os contratos híbridos não apenas trazem características peculiares, como ensejam a ressignificação de diversos conceitos da dog-

128 FRAZÃO, op. cit., p. 233.

129 COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 87.

130 FRAZÃO, op. cit., p. 233.

131 Ibidem, p. 235.

mática contratual clássica para sua adequada compreensão. Tais repercussões serão demonstradas neste trabalho a partir de dois parâmetros fundamentais: a causa dos contratos e a boa-fé objetiva, parâmetros que permitirão tanto identificar e interpretar os contratos híbridos quanto conformar e constranger o comportamento dos agentes econômicos no sentido do cumprimento da regulação jurídica imperativa e dos *standards* de mercado. Certo é, porém, que repercussões relevantes podem ser encontradas em outras searas, como sói ocorrer no campo dos vícios contratuais ou do equilíbrio econômico, observações a serem aprofundadas em estudos posteriores.

Acrescente-se, ainda, que a compreensão dessa nova categoria jurídica requer a sua distinção com relação a conceitos correlatos, porém diversos. É o que ocorre com os já mencionados contratos associativos. Embora também se distanciem dos modelos clássicos de intercâmbio e sociedade, os contratos associativos obedecem a parâmetros diversos e igualmente cumprem função econômica distinta, motivo pelo qual a causa e a boa-fé objetiva desempenham importante papel na separação entre um fenômeno e outro.

6.1. A causa como critério de identificação e interpretação dos contratos híbridos.

Conforme ensina Miguel Maria de Serpa Lopes,¹³² os motivos determinantes da vontade de contratar são irrelevantes para a disciplina dos contratos, na medida em que, regra geral, tais razões de ordem subjetiva permanecem no desconhecimento da outra parte contratante. No entanto, se os motivos subjetivos são irrelevantes para o correto andamento da relação contratual, é, por outro lado, imprescindível o exame dos elementos que permitem a qualificação

132 LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I, p. 484.

dos efeitos atribuídos a determinado contrato.¹³³ Trata-se, aqui, não da análise do motivo, isto é, da força psicológica que orientou o comportamento da parte, mas sim da causa do contrato, consubstanciada na atribuição de determinados efeitos a um dado ato jurídico.¹³⁴

É claro que o motivo exerce influência decisiva sobre a vontade das partes contratantes, porém, como indicou Henri Capitant,¹³⁵ “o motivo psicológico que determina cada um a se obrigar não faz parte de seu acordo de vontades”. De outro lado, a causa estabelece relação entre as manifestações de vontade das partes e um objeto exterior – lícito, possível e determinável – a ser verificado no mundo dos fatos, razão pela qual a causa é dotada de objetividade que independe dos anseios íntimos das partes.¹³⁶

À parte da interminável controvérsia estabelecida na civilística moderna entre causalistas e não causalistas,¹³⁷ tem-se na causa importante instrumento para o reconhecimento da função do negócio jurídico. Nesse sentido, na linha do que sustenta Orlando Gomes,¹³⁸ a causa nada mais é do que a função econômica do contrato, noção que se faz necessária tendo em vista a importância dos contratos como fato econômico, o que requer disciplina jurídica que promova

133 MORAES, Maria Celina Bodin. A causa do contrato. *Civilistica.com*, v. 2, n. 1, p. 1-24, 2013, p. 3.

134 Segundo Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. III, p. 138), “A causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia. A causa fixa, na vida jurídica, o ato. No direito público, principalmente no direito administrativo, a causa especializa-se mais do que no direito privado. De certo modo, sintetiza os efeitos essenciais do ato jurídico, porque os prefigura, os esquematiza, os debuxa em traços gerais, típicos”.

135 CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations* (contrats, engagement unilatéraux, legs). Paris: Librairie Dalloz, 1923, p. 11.

136 CAPITANT, op. cit., p. 14-16.

137 FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 519-520.

138 GOMES, op. cit., p. 22.

a estereotipação do regime a que se subordina determinada operação econômica com vistas a garantir-lhes segurança.

O juízo causal sobre um contrato, como assevera Mario Barcellona,¹³⁹ responde ao imperativo funcional de vinculação da forma simbólica do consenso ao paradigma utilitário das trocas econômicas, seja em sua dimensão subjetiva – verificada a partir da identificação das partes como agentes econômicos –, seja em sua dimensão objetiva – identificada pela justificação do programa econômico reduzido a termo pelas partes. Adicione-se que não basta a definição abstrata da causa para que se atribua os efeitos e a proteção desejada ao negócio realizado, mas é preciso que se possa operar o contrato concretamente, nos termos que as partes tenham programado.¹⁴⁰ Significa dizer que a causa se encontrará consubstanciada na “efetiva producibilidade” (*effettiva producibilità*) do resultado contrato acordado pelas partes, razão pela qual a noção de causa – enquanto função econômica do contrato – se aplica igualmente aos negócios atípicos ou inominados.

Por essa razão, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes,¹⁴¹ a causa é a especificação da função que desempenha o contrato, “é o elemento que o define, que lhe é próprio e único, e que serve a diferenciá-lo de qualquer outro negócio jurídico, típico ou atípico. É, portanto, também o elemento que lhe dá – ou nega – juridicidade”. Tal constatação remete à antiga lição de Karl Larenz,¹⁴² para quem mesmo os tipos contratuais não são fixos, pois podem ser modulados pela autonomia privada para que atendam às demandas específicas do suporte fático. Segundo Larenz,¹⁴³ a regulação contratual

139 BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Milão: CEDAM, 2015, p. 186.

140 Ibidem, p. 242-243.

141 MORAES, op. cit., p. 7.

142 LARENZ, op. cit., p. 751-752.

143 Idem, p. 751-752.

é válida pelo fato de ter sido posta em vigor pelas partes, de modo que, na ausência de regulação específica, a interpretação contratual servirá para iluminar o sentido da relação jurídica.

Tais observações são úteis para demonstrar, apesar do debate que há mais de século versou sobre a posição da causa como elemento essencial do negócio jurídico, “como a causa do negócio pode pautar a sua interpretação, de acordo com a lógica do sistema de direito comercial”.¹⁴⁴ Se a causa já ocupa papel importante nos negócios jurídicos em geral, com maior razão deverá ser levada em consideração na interpretação dos contratos mercantis, na medida em que a função econômica do ato comercial delineará sua análise jurídica tanto no aspecto interno – na relação entre os contratantes – quanto no externo – em seus efeitos sobre a concorrência e demais áreas de regulação cogente.¹⁴⁵

Vale lembrar que é justamente a possível variedade de conteúdo econômico do contrato que torna tal instrumento flexível e particularmente precioso para a vida econômica, conforme anotou Messineo.¹⁴⁶ Sendo certo que a variação do contrato alterará também a disciplina jurídica a ele aplicável, a causa sempre será parâmetro balizador da interpretação dos negócios mercantis, sobretudo quando os objetos de análise são contratos híbridos, cuja subsunção a tipos legais ou será dificultosa ou simplesmente não ocorrerá, tendo em vista sua atipicidade no mais das vezes.

A causa, dessa maneira, como sistematizou Paula Forgioni¹⁴⁷, assumiria diversos papéis na atualidade: (i) o de atribuir fundamento e relevância jurídica ao contrato; (ii) o de critério de interpretação do contrato; (iii) o de elemento de qualificação; e (iv) o de critério de

144 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 521.

145 Ibidem, p. 521.

146 Cf. MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1973, v. XXI, t. 1., p. 797.

147 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 529.

adaptação, “para os casos de necessidade de adequação da avença em virtude de um novo contexto que abale o programa econômico das partes”.¹⁴⁸ Na acertada síntese da autora, “a causa coliga o negócio ao mercado, à praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte”.¹⁴⁹

No caso dos contratos híbridos, a compreensão da causa adquire especial relevância não somente na interpretação do contrato pela autoridade judicial ou regulatória, mas também pelas partes no desenrolar da relação de longo prazo que desenvolverão. O conceito tem por objetivo, por conseguinte, marcar o escopo do contrato. No entanto, a plasticidade das formas adotadas pelas partes e a natural alteração das circunstâncias ao longo da relação diferida no tempo poderão alterar a própria estrutura do negócio, que ora pode se aproximar mais do intercâmbio, ora da sociedade. Por mais amplo que seja o leque de mecanismos de governança utilizado para alterar relações contratuais em curso, tais alterações sempre serão informadas pela boa-fé objetiva, critério a ser analisado a seguir.

A causa não escapa à mencionada lógica de ressignificação da dogmática, de sorte que devem ser postas em dúvidas algumas das premissas já assentadas pela doutrina nesse sentido. É perfeitamente claro, como aqui se sustentou, que é essencial perquirir a função econômica dos contratos com vistas a compreender sua natureza de maneira adequada. É a causa que, diante das várias configurações contratuais, permitirá identificar a ocorrência de uma espécie contratual ou outra. No entanto, mesmo em razão da atipicidade que se faz presente em diversas manifestações dos contratos híbridos e da natureza mutável dessas avenças, a própria causa poderá ser de difícil apreensão.

148 Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, op. cit., p. 22-23) formulou sistematização diversa que, porém, pode ser considerada complementar à apresentada. A causa teria o papel “de qualificar os contratos, o de dar (ou negar) juridicidade ao acordo e o de limitar a autonomia privada”.

149 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 529.

Por esse motivo, é necessário que se ponha em dúvida a clara distinção que se pretende traçar entre causa e motivos, na medida em que os motivos, especialmente nos contratos híbridos, poderão servir de importante ponto de partida para a compreensão da causa. Será nos motivos – e não na causa – que residirá a racionalidade econômica que dará azo à formação do contrato, de maneira que esses impulsos psicológicos constituirão, em grande medida, o que se denomina “dimensão implícita do contrato”.¹⁵⁰ É claro que não se pode alcançar o íntimo dos contratantes para compreender seus reais motivos, porém é importante que se retire do contexto de contratação alguns dos elementos institucionais que possam contribuir para a formação da racionalidade econômica que deu origem ao contrato. Tais elementos poderão ser retirados, por exemplo, dos costumes mercantis, do contexto setorial, das características concorrenciais de determinado mercado e mesmo das regras aos quais estarão submetidos os agentes, de modo a compreender seus eventuais anseios para a construção de estruturas econômicas complexas naquelas circunstâncias.

A compreensão da relação contratual em sua inteireza somente se pode dar mediante o desvelamento das dimensões implícitas do contrato, cuja existência é natural tendo em vista que, em razão da incompletude do negócio e de sua transformação ao longo do tempo, a relação fatalmente se tornará algo diverso daquilo que foi previamente acordado. Porém, não se pode esquecer que motivos impróprios podem até mesmo levar à ilicitude da causa ou ao não atendimento de requisitos legais imperativos. Por isso, além de se compreender a função econômica do contrato e os motivos que possam contribuir para a sua apreensão, é essencial que os contratos híbridos sejam também perpassados pela boa-fé objetiva, que servirá como padrão comportamental a ser seguido pelos agentes, como se verá no item abaixo.

150 Cf. CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

6.2. A boa-fé objetiva como critério de interpretação e integração dos contratos híbridos.

A noção de boa-fé objetiva, longe de ser mera orientação programática do ordenamento, se traduz em norma jurídica cogente que serve tanto de cânone interpretativo dos contratos quanto de *standard* comportamental geral¹⁵¹. Ensina Judith Martins-Costa¹⁵² que o conteúdo da boa-fé objetiva sempre será especificado de maneira relacional, de modo a reforçar e proteger os valores aplicáveis às circunstâncias. De acordo com a autora, a boa-fé serve como “pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais”.¹⁵³

A importância da boa-fé objetiva para o Direito Comercial é ressaltada desde o Código de 1850, cujo artigo 131 dispunha que a interpretação dos contratos mercantis seria regulada pela “inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato”, acrescentando o diploma que a leitura deveria se ater à estrita significação das palavras. Por mais que o desenvolvimento da noção de boa-fé objetiva tenha afastado a preeminência da interpretação gramatical, verifica-se que o direito já privilegiava a racionalidade econômica do empresário, procurando-se evitar a tomada de decisões judiciais que fugissem da mentalidade própria dos agentes de mercado, amparada na boa-fé e na proteção das legítimas expectativas de comportamentos dos “homens ativos e probos”.¹⁵⁴

151 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40. Segundo a autora, pode-se conceber a boa-fé objetiva como “(i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais”.

152 *Ibidem*, p. 41-42.

153 *Ibidem*, p. 42.

154 Cf. FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil

No Direito Civil, ensina Francisco Amaral,¹⁵⁵ a boa-fé objetiva “[t]raduz um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual, pelo que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. Entretanto, no Direito Comercial a boa-fé objetiva não desempenha função moral ligada a valores descolados da realidade do negócio, mas se apresenta como “um catalisador da fluência das relações no mercado”.¹⁵⁶ Assim, a boa-fé não é meramente regra abstrata a ser observada pelos agentes econômicos em suas relações, mas desempenha também a função de otimização do comportamento contratual. O exercício de tal função se dá, de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos interesses recíprocos das partes e, de outro, pelo emprego de tal princípio como cânone de interpretação e integração do contrato de acordo com sua função econômica.¹⁵⁷

Nesse sentido, a ideia de boa-fé está muito mais relacionada com a interpretação do contrato do que com sua estrutura, na medida em que serve de chave de integração das condições subentendidas que, muito embora não constem do instrumento formal, constituem a relação firmada entre as partes.¹⁵⁸ Assim, interpretar segundo a boa-fé significa “considerar o modelo de comportamento social esperado das pessoas que estivesse no contexto da parte contratante”, o que implica avaliar e considerar diversos níveis de diligência.¹⁵⁹

brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 42, n. 130, p. 7-38, 2003.

155 Cf. AMARAL, Francisco. Código Civil e interpretação jurídica. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, jan./abr. 2014.

156 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 552.

157 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). *Cadernos do programa de pós-graduação direito UFRGS*, v. 2, n. 4, p. 347-379, 2004, p. 357.

158 GOMES, op. cit., p. 44.

159 Ibidem, p. 46.

Importa notar, com isso, que a boa-fé objetiva tem por objetivo estabelecer o padrão comportamental a ser observado pelos agentes econômicos que pretendam manter relações seguras e minimamente previsíveis. Por esse motivo ganham relevância na interpretação contratual os usos e costumes, a prática comercial, os precedentes da relação estabelecida entre as partes, entre outras “dimensões implícitas do contrato” que atuam como pano de fundo de todas as relações de mercado.¹⁶⁰ A boa-fé objetiva no Direito Comercial, portanto, está relacionada antes de tudo ao respeito e à confiança nas “regras de jogo” do mercado juridicamente organizado. Desse modo, “o comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente [...] quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade”.¹⁶¹

Pode-se, aqui, retornar à teoria institucionalista para reforçar a ideia segundo a qual o quadro institucional vigente serve para conformar o comportamento dos agentes de maneira a garantir um ambiente cooperativo a longo prazo.¹⁶² Nesse sentido, é perfeitamente possível que o comportamento maximizador de riqueza coincida com a cooperação, na medida em que a boa-fé objetiva – a partir do momento em que promove a confiança e a aumenta o grau de informação que uma parte dispõe sobre a outra – implica economia de custos de transação em razão de seu contributo para a segurança jurídica.¹⁶³ Em suma, importa dizer que uma das funções do Direito Comercial é “buscar a criação de um ambiente que faça as negociações compensatórias”.¹⁶⁴

A cláusula geral da boa-fé objetiva, portanto, fornece ao intér-

160 CAMPBELL; COLLINS; WIGHTMAN, op. cit., p. 32-37.

161 FORGIONI, Teoria geral dos contratos empresariais, p. 102.

162 NORTH, op. cit., p. 12-13.

163 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 558.

164 Ibidem, p. 559.

prete dos contratos híbridos ferramenta importante para lidar com suas peculiaridades, especialmente aquelas oriundas de sua natureza duradoura e de sua complexão naturalmente incompleta. A boa-fé serve de controle ao oportunismo, alterando os incentivos das partes ao passo que os custos de encerramento da relação contratual ou mesmo da traição da confiança tornam o comportamento oportunista mais oneroso.¹⁶⁵

Por conseguinte, a boa-fé objetiva será o parâmetro maior de controle dos aspectos fugidios dos contratos híbridos que muitas vezes residem não propriamente na causa, mas nos motivos que traduzem a racionalidade econômica da elaboração das cláusulas do negócio. A exposição da reconfiguração produzida pela noção de contrato híbrido na causa e na boa-fé demonstra apenas dois dos aspectos mais importantes a serem levados em consideração pela dogmática jurídica dentre as consequências desse fenômeno econômico, servindo tanto como lentes de observação dos contratos híbridos – cuja qualificação necessariamente requer atenta percepção do ambiente em que se desenvolvem – quanto como freios institucionais aos arroubos dos agentes econômicos, que para operar juridicamente deverão observar uma série de limites cujo cumprimento será informado por esses dois parâmetros.

7. Conclusão.

Os contratos híbridos constituem perturbação na aparentemente estável sistemática normativa aplicável às relações mercantis, construído sobre doutrina, legislação e jurisprudência sedimentadas ao longo de muitos anos. Tal perturbação advém da inadequação das categorias jurídicas existentes a fenômeno econômico relativamente novo, que somente dificilmente se operacionaliza nos termos da dogmática existente. Os híbridos, assim, levantam uma série de dilemas

165 BELLANTUONO, op. cit., p. 344-347.

na medida em que são introduzidos na discussão sobre a regulação jurídica do poder econômico. Basta notar que, ao mesmo tempo que é desejável desenvolver a teoria jurídica no sentido de abarcar os contratos híbridos com vistas a conferir-lhes disciplina mais adequada, indaga-se sobre a viabilidade desse passo doutrinário pelo próprio dinamismo desses negócios.

Fato é que os contratos híbridos são sistematicamente realizados na prática mercantil e, por esse motivo, apresentam problemas que certamente poderão ser endereçados de maneira mais satisfatória se os intérpretes do direito dispuserem de instrumental teórico talhado de acordo com suas características distintivas. A noção de contrato híbrido como *tertium genus* dos contratos mercantis tem o condão de direcionar a negócios corriqueiros figuras teóricas pertinentes à sua função econômica, de maneira a fomentar o comércio e a dar estabilidade aos mercados.

O desenvolvimento e a pacificação de critérios dogmáticos para a operacionalização das operações consubstanciadas nos contratos híbridos é de rigor sobretudo no contexto de expansão tecnológica hoje vivenciado, que paulatinamente transforma o *modus operandi* do poder econômico a partir a introdução de novas formas de organização empresarial e mesmo pela criação de novos mercados a serem explorados das mais variadas e peculiares formas. Por esse motivo, não há que se falar propriamente na previsão categórica das características e efeitos dos contratos híbridos, mas tão somente de parâmetros gerais que os situem no horizonte interpretativo do jurista.

Tal limitação se agrava pelo fato de os contratos híbridos fatalmente refletirem distinções – inclusive setoriais – que dificilmente se repetirão de maneira geral, abstrata e holística. Basta notar que problemas oriundos de contratos de distribuição e de franquia não serão idênticos, bem como não se confundirão com contratos de transferência de tecnologia e tampouco com outras operações realizadas em mercados especializados, como é o caso do agronegócio. Não se

pode esquecer, ainda, da questão das *networks*, cuja falta de disciplina tem trazido ainda maiores preocupações do que a dos híbridos. Essas peculiaridades demonstram, outra vez, que o tema está distante de ser coberto por completo.

O presente trabalho pretendeu, portanto, demonstrar algumas características dos contratos híbridos e as primeiras consequências do acolhimento dessa categoria dogmática no direito contratual brasileiro, que deve privilegiar o cumprimento da função econômica dos contratos e, ao mesmo tempo, fornecer *standards* claros e capazes de garantir a confiança no mercado. Tal esforço necessariamente deve passar pelo desenvolvimento dogmático dos contratos híbridos, sem o qual a análise de casos concretos se torna deficiente. No mesmo sentido, urge que os contratos empresariais sejam celebrados em ambiente de transparência, probidade e segurança para que não se prejudiquem os interesses protegidos pelas searas de regulação imperativa que conformarão também o comportamento dos agentes. Assim, o diálogo entre instituições e organizações, ou, ainda, a correspondência entre poder e responsabilidade permite uma releitura da própria compreensão de empresa e de mercado na atualidade, ensejando discussão fundamental sobre as novas formas jurídicas de estruturação do poder econômico.

**MECANISMOS NECESSÁRIOS PARA
IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE
CONFORMIDADE ANTICORRUPÇÃO COMO
EXIGIDO PELA LEI Nº 12.846/2013¹**

**MECHANISMS TO THE IMPLEMENTATION OF AN
ANTI-CORRUPTION COMPLIANCE PROGRAM AS
REQUIRED BY BRAZILIAN LAW Nº 12,846/2013**

Nicholas Furlan Di Biase

Resumo: Nos termos da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a existência de programas de integridade no âmbito de organização empresária possibilita atenuar as sanções administrativas decorrentes de atos lesivos à administração pública. Na mesma linha, a implementação de tais programas por um número crescente de organizações empresárias contribui para o estabelecimento de um mercado mais ético e íntegro. Contudo, o sistema anticorrupção brasileiro não mais admite programas de integridade meramente formais ou aparentes (sem eficácia em termos práticos), de modo que, na implementação e manutenção dos referidos programas devem ser observados determinados mecanismos internacionalmente consagrados para garantir sua seriedade e eficácia. O presente artigo tem por objetivo analisar aspectos dos principais mecanismos requeridos para que determinado programa de integridade anticorrupção possa atender ao exigido pela Lei nº 12.846/2013.

¹ Artigo recebido em 01.09.2018 e aceito em 07.11.2018.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Lei nº 12.846/2013. Programa de Integridade. *Compliance*. Conformidade.

Abstract: According to the Brazilian Law nº 12,846/2013, the existence of compliance programs within legal entities or business organizations makes it possible to mitigate the penalties resulting from illicit acts committed against government entities. Furthermore, the implementation of such compliance programs by a growing number of legal entities contributes to the establishment of a more ethical and healthy business market. However, the Brazilian anti-corruption legal system does not admit a merely formal compliance program (without practical effectiveness), so that internationally recognized mechanisms and elements must be observed by the legal entity when implementing and maintaining such programs to ensure their seriousness and effectiveness. The purpose of this paper is to analyze aspects related to the main mechanisms required to ensure that an anti-corruption integrity program meets the requirements of Brazilian Law nº 12,846/2013.

Keywords: Brazilian Anti-Corruption Law. Brazilian Law nº 12,846/2013. Compliance Program. Compliance. Integrity Program.

Sumário: 1. Introdução. 2. *Compliance*: conceito e importância. 2.1. Programa de *compliance* e a Lei Anticorrupção. 3. Mecanismos para o desenvolvimento de programa de integridade anticorrupção efetivo. 3.1. Análise de perfil e de riscos. 3.2. Engajamento da alta diretoria e criação de “função de *compliance*”. 3.3. Elaboração da política de integridade. 3.4. Treinamento e comunicação contínuos. 3.5. Canal de denúncias (“*whistleblowing*”). 3.6. Avaliação periódica. 3.7. Política de presentes. 3.8. Procedimento interno em caso de descumprimento e medidas disciplinares. 4. Conclusões.

1. Introdução

A Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”) foi editada em 2013 em virtude de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil desde o final dos anos 1990. Referido diploma legislativo interessa ao Direito Comercial em razão de seu objeto: dispor sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção (os “atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira”, nos termos da lei).

Com efeito, as disposições da Lei nº 12.846/2013 são direcionadas ao objetivo de possibilitar a responsabilização de organizações empresárias² por atos de corrupção que sejam praticados em seu benefício. Dessa forma, as autoridades brasileiras passam a compartilhar com aqueles que exercem a empresa o ônus da repressão e combate à corrupção.

A abrangência das disposições da Lei Anticorrupção não deixa dúvidas sobre sua relevância. Em princípio, basta que um terceiro tenha praticado ato em benefício da organização empresária – mesmo que com esta não possua qualquer ligação direta – para que a entidade possa ser responsabilizada administrativa e civilmente.

Poucas são as formas de mitigar as sanções aplicáveis à orga-

2 O conceito de “organização empresária” é utilizado por Mauricio Moreira Menezes para se referir às destinatárias dos preceitos da Lei nº 12.846/2013, incluindo não apenas pessoas jurídicas ou empresários, mas qualquer organização que possa funcionar como sujeito de direito – pouco importando seu tipo jurídico ou o fato de ter ou não adquirido personalidade jurídica – e cujo propósito seja a exploração de atividade econômica, ainda que tal organização revista forma jurídica destinada a entidades sem fins lucrativos (MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *Corrupção, anticorrupção e empresa*. 2017. 319 f. Tese (Concurso) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 165-166). A expressão é inspirada no U.K. Bribery Act, do Reino Unido, e no Foreign Corrupt Practices Act, norte-americano, bem como foi consagrada na ISO 37001:2016, norma técnica que será analisada em detalhes no capítulo 3 deste artigo. Logo, para fins deste trabalho e sempre quando utilizadas no sentido de destinatárias da Lei Anticorrupção, as expressões “empresa”, “entidade”, “sociedade” ou “organização empresária” devem ter interpretação ampliada, no sentido que lhes quis fosse atribuído o legislador ao redigir o art. 1º da Lei nº 12.846/2013.

nização empresária por atos de corrupção praticados em seu benefício. Inserida no restrito rol de medidas atenuantes das penalidades da Lei nº 12.846/2013 está a “conformidade anticorrupção”, na esteira da disciplina adotada pela comunidade internacional sobre o tema.

Se, por um lado, a responsabilidade da entidade por atos de corrupção é ampla a ponto de poder ser ensejada por ato de terceiro que sequer a integra, por outro lado, a demonstração de atuação em conformidade o ordenamento jurídico e do exercício ético da empresa é a principal forma de mitigar ao máximo as consequências de sua prática.

Tal demonstração se dá a partir da implementação de programa de “conformidade anticorrupção” (de “integridade anticorrupção” ou de “*compliance* anticorrupção”, expressões que, no presente trabalho, serão tratadas como sinônimos). A entidade que adotar programa de *compliance* anticorrupção sério, efetivo e condizente com o porte e com os riscos decorrentes do exercício de sua atividade empresarial, poderá se ver duplamente beneficiada: a uma, a existência de programa de integridade é elemento indispensável para prevenir a prática de atos de corrupção e, a duas, a comprovação de que o programa de *compliance* atende a determinados parâmetros pode atenuar sanções impostas à entidade corruptora.

Além de mitigar as consequências decorrentes da violação da Lei Anticorrupção, entende-se que a implementação de programa de *compliance* gera um ciclo virtuoso no segmento de atuação da organização empresária, que, conseqüentemente, contribui para o aprimoramento do mercado como um todo, ao torná-lo mais íntegro e ético em razão da preocupação difundida com a atuação de seus participantes em conformidade com o ordenamento jurídico.

Por outro lado, pode-se afirmar que o legislador não teve pretensão alguma de prestigiar a implementação de programa de integridade anticorrupção meramente formal ou aparente (sem qualquer efetividade prática). Para que se adeque às exigências da Lei nº 12.846/2013, o programa de conformidade anticorrupção deve ser le-

vado a sério pela organização empresária e ser efetivo, elaborado conforme certos parâmetros e abrangendo determinados mecanismos consagrados.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo identificar e analisar, sob o ponto de vista jurídico, quais os mais relevantes mecanismos e parâmetros exigidos, nacional e internacionalmente, para que um programa de integridade anticorrupção esteja adequado aos preceitos da Lei nº 12.846/2013 sendo, conseqüentemente, apto a gerar os benefícios que dele se espera.

2. *Compliance*: conceito e importância

O termo *compliance* vem do verbo em inglês *to comply*, que significa agir de acordo com o comando, pedido, regra ou desejo de outro³. Segundo a Federação Brasileira de Bancos, *compliance* pode ser definido como “dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição”⁴.

Já Ana Paula Candeloro, Maria Balbina Martins de Rizzo e Vinicius Pinho conceituam *compliance* como “conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”⁵.

3 Conforme definição do The American Heritage College Dictionary: “To act in accordance with another’s command, request, rule or wish” (*The American Heritage Dictionary*. 3. ed. Houghton Mifflin, 1993, p. 285).

4 FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. *Documento Consultivo*: função de compliance. Grupo de Trabalho BAI – FERBAN, 2004, p. 8. Disponível em: “http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf”. Acesso em: 29 out. 2017.

5 CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º*: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012. p. 30.

A seu turno, Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castella esclarecem que o *compliance* consiste em “[...] estar em conformidade às normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente”, complementando que a função principal do instituto é “[...] garantir o cumprimento das normas e processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da empresa, seguindo as normas estabelecidas pela legislação nacional e internacional, conforme o ramo de atividade empresarial em que atua”⁶.

Para além do conceito de *compliance* em si, questiona-se: em que consiste um programa de *compliance* anticorrupção?

Pedro Aguiar de Freitas anota que o programa de *compliance* anticorrupção consiste no “conjunto de mecanismos e medidas organizados sob a forma de um programa, que buscam alinhar as organizações com as melhores práticas para prevenir a corrupção, reduzindo riscos e criando ambientes de integridade e ética sadios”⁷. No mesmo sentido, Mauricio Moreira Menezes ensina o seguinte:

Por conformidade anticorrupção deve ser entendido o efetivo comprometimento da organização empresária no sentido de reduzir os riscos da prática de atos de corrupção por administradores, colaboradores, prestadores de serviços e quaisquer outros agentes, internos ou externos, que possam vir a assumir determinada função no âmbito do exercício da atividade empresária.⁸

6 GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015, p. 134-135.

7 FREITAS, Pedro Aguiar de. A Lei Anticorrupção e as empresas: compliance e modulação de sanções. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 125, p. 97-105, dez. 2014, p. 98.

8 MENEZES, op. cit., p. 232.

A importância da adoção de programas de *compliance* pelas organizações empresárias é tamanha que os estudiosos do tema vêm seguidamente mencionando essa tendência como um “caminho sem volta”, não somente no que se refere às organizações empresárias individualmente consideradas, mas para todo o conjunto de pessoas que exerce a atividade empresária no Brasil⁹.

Atualmente, as regras de *compliance* estão difundidas ao redor do mundo, provenientes das mais diversas fontes e variando conforme a amplitude e os riscos envolvidos em cada tipo de atividade. Como regra geral, pode-se afirmar que, quanto maior a possibilidade de terceiros (inclusive a administração pública) serem prejudicados em caso de desconformidade por parte de quem exerce determinada atividade empresária, maior tende ser o grau de regulamentação da mesma atividade. Nota-se movimento crescente de regulamentações setoriais que vêm exigindo a adoção de políticas e programas de conformidade por parte de organizações empresárias.

Trata-se de forma de se transferir à entidade privada certo grau de responsabilidade pela fiscalização de atos de desconformidade, ao mesmo tempo em que se busca estabelecer uma “cultura da conformidade” nos mais diversos ramos de atividades. Havendo desconformidade, a consequência é a aplicação de sanções cuja severidade costuma levar em consideração a adoção de programa de *com-*

9 Nesse sentido, destaque-se novamente os ensinamentos de Mauricio Moreira Menezes: “Ainda é cedo para avaliar a eficiência de tais programas, inclusive para fins de defesa em processo administrativo sancionador ou judicial. Uma conclusão é inequívoca: trata-se de um caminho sem volta, a ser percorrido pela generalidade das companhias brasileiras, independentemente de seu envolvimento em escândalos de corrupção. Sua implantação deve fazer parte da rotina da companhia, como medida preventiva à corrupção, em consequência da consolidação de uma cultura corporativa anticorrupção no Brasil” (Ibidem, p. 236). Na mesma linha de entendimento, Wagner Giovanini: “Uma vez iniciado o Programa de Compliance, não há mais volta. Haverá um controle social, vindo de dentro da organização, cuja consequência impõe um autocontrole e assegura a aplicação prática dos princípios preconizados pelo Programa” (GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 459).

pliance efetivo por parte da organização empresária que praticou o ato (ou em benefício da qual o ato foi praticado).

Cada vez mais as entidades reguladoras, os governos e o próprio mercado percebem o *compliance* como mecanismo benéfico e eficiente no combate a “desconformidades”, dentre elas, a corrupção. Nesse sentido, destaque-se as anotações de Wagner Giovanini:

Portanto, mais do que a proteção frente aos riscos existentes, os Programas de Compliance impulsionam as empresas a assumirem um papel central na mudança da cultura do país. Os seus princípios vão permeando a força de trabalho. Criam um orgulho natural nas pessoas, que os disseminam nos seus círculos privados, familiares, amigos, vizinhos e conhecidos. Outras instituições adotam a mesma referência e, paulatinamente, as lacunas para os desvios vão se fechando.¹⁰

Atualmente, organizações empresárias vêm buscando implementar programas de *compliance* anticorrupção por variadas razões, como por exemplo (i) tentar mitigar danos financeiros que condutas desconformes podem causar; (ii) demonstrar comprometimento com as práticas anticorrupção, o que pode gerar benefícios econômicos à organização empresária em face de terceiros, como instituições bancárias; (iii) estabelecer imagem de moralidade e ética perante o público em geral; e, enfim, (iv) contribuir para a criação de uma cultura anticorrupção, tornando o setor no qual atuam mais ético. Sobre esse particular, veja-se o entendimento de Henrique Barbosa e Hélio Barbosa:

Foi-se o tempo em que as empresas eram avaliadas apenas por sua performance financeira. Atualmente, a postura “moral” perante o mercado é tão ou mais relevante. Cada vez mais as companhias são observadas e avaliadas sob o ponto de vista de

10 GIOVANINI, op. cit., p. 459.

seu comportamento “cidadão”. Estar em compliance não é mais apenas uma opção empresarial.

[...]

Se não para manter incólume a boa fama corporativa, a busca por práticas eficazes de compliance tem se apresentado instrumento imprescindível também sob a ótica financeira-operacional. Tem se tornado corriqueiro que instituições financeiras concedam taxas ou condições mais atraentes, quando não vinculem a abertura de terminadas linhas de crédito à existência de um programa sólido de compliance, que deve então ser formal e contratualmente atestado pelo tomador, como faz hoje o próprio BNDES.¹¹

Sobre os benefícios da implementação de programa de conformidade anticorrupção, Renato Almeida dos Santos menciona a existência de estudos que apontam que, para cada US\$ 1,00 gastos em programas de *compliance*, podem ser economizados até US\$ 5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade¹². No mesmo sentido, veja-se o seguinte relato de Edmo Colnaghi Neves:

Em minha carreira em várias multinacionais tive a oportunidade de receber certa vez o testemunho de um antigo funcionário de uma destas empresas, muito querido de todos, que entusiasmado veio comentar comigo que participava de uma negociação com um grande e importante cliente e que ao relevar que tínhamos um programa de compliance há muito tempo, viu a atitude do cliente mudar completamente, mostrando-se muito mais favorável a relevar informações e a concre-

11 BARBOSA, Henrique; BARBOSA, Hélio. Compliance, regras anticorrupção e estratégia empresarial. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique. *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 127.

12 SANTOS, Renato Almeida dos. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. In: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 6º Concursos de Monografias da CGU*. Brasília: ESAF, 2011, p. 186.

tizar o negócio. Ou seja, uma empresa com um bom programa de compliance é mais confiável e gera mais negócios.¹³

Por essas razões, a adoção de programas de *compliance* anticorrupção já se mostra uma tendência no cenário empresarial brasileiro, devendo ser objeto de atenção das organizações empresárias. Por outro lado, até hoje, são comuns programas de conformidade meramente formais que, na realidade, servem apenas para estabelecer uma aparência (uma imagem) de empresário ético perante terceiros. Não obstante, seja por exigências legais, regulamentares, de mercado ou da própria “cultura de conformidade” que vem se desenvolvendo, as organizações empresárias se veem cada vez mais incentivadas ou compelidas (conforme o caso) a abandonar programas “de gaveta” e implementar programas de *compliance* anticorrupção sérios e efetivos.

Novamente nas palavras de Henrique Barbosa e Helio Barbosa, o *compliance* deve estar no centro da estratégia de uma organização empresária, passando a ser elemento formador de sua identidade e consistindo em ações concretas que garantam “o compromisso de respeito pela alta administração e todos os demais empregados, colaboradores ou terceiras partes”¹⁴.

Qualquer que seja o ramo da atividade desempenhada pela organização empresária, o *compliance* deve ser inerente ao seu exercício. Não se admite mais que o programa de conformidade seja visto como mero acessório ou “incômodo”, mas sim uma diretriz que deve permear continuamente o exercício da atividade empresarial. Hoje, o conceito de função social da empresa demanda que a atividade seja necessariamente íntegra e conforme¹⁵.

13 NEVES, Edmo Colnaghi. Compliance anticorrupção: como implementar um programa. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 477.

14 BARBOSA; BARBOSA, op. cit., p. 124.

15 Tratando especificamente do tema relacionado à corrupção, Mauricio Moreira Menezes destaca a importância da integridade para a atividade empresarial, afirmando inclusive que a con-

2.1. Programa de *compliance* e a Lei Anticorrupção

A única referência que a Lei Anticorrupção faz aos programas de integridade encontra-se em seu art. 7º, VIII, nos seguintes termos: “Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; [...]”.

Ao elaborar o mencionado dispositivo legal, o legislador foi influenciado pelo disposto no artigo 12 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, o qual estabelece que cada Estado signatário deve adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar normas contábeis e de auditoria no setor privado. Nessa linha, o item 2, f, do referido artigo 12 elenca, dentre as medidas para alcançar as mencionadas finalidades, a recomendação que os Estados signatários diligenciem para que as organizações empresárias privadas, tendo em conta sua estrutura e porte, “[...] disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação”.

Sobre a previsão contida no art. 7º da Lei Anticorrupção, Wagner Giovanini anota que os “programas de integridade” mencionados

formidade anticorrupção integra a própria essência da empresa. Vale destacar os seguintes trechos de Tese por ele apresentada em concurso de provimento ao cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “[...] se a corrupção é de tamanha relevância, se dela resulta a inviabilidade econômica da empresa, está-se definitivamente diante de elemento essencial da empresa. E, naturalmente, a essência integra a estrutura do instituto ou do fato jurídico, expandindo-se para além de seu aspecto formal [...] À luz dessas ponderações, a argumentação alcança sentido sistemático. Logo, a conformidade anticorrupção é inerente à própria estrutura jurídica da empresa [...] Assim, a conformidade anticorrupção integra a essência da empresa e corresponde a uma realidade jurídica que decorre da Lei Anticorrupção e das convenções internacionais às quais o Brasil aderiu” (MENEZES, op. cit., p. 164).

pelo legislador vão além de medidas que visam somente mitigar os riscos de responsabilização da entidade quando diante de alguma desconformidade, sem qualquer compromisso efetivo com a integridade em si (medidas que o autor convencionou denominar “mecanismos de proteção”). Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho de artigo publicado pelo autor em obra coletiva sobre o tema:

[...] é natural a geração de medidas mitigadoras para evitar a “responsabilização da minha empresa”. Então, indaga-se: o objetivo dessa medida é disseminar a integridade ou proteger a empresa? Óbvia a resposta, mostrando ser o estabelecido mecanismo de proteção e não o de integridade.

Por exemplo, qual a finalidade de enviar-se um código de conduta para o terceiro assinar? O bom senso impõe observar que nenhuma empresa muda a sua conduta por ter assinado um código. Dessa forma, o propósito desse procedimento é juntar provas para demonstrar às autoridades as ações tomadas, sem nenhum vínculo com a integridade na conduta de seus terceiros. Configura-se, então, em mais uma tentativa de a empresa se eximir de responsabilidades, caso haja algum desvio cometido pelo seu parceiro. Portanto, trata-se de uma atividade claramente voltada à proteção.

Fica a critério do leitor testar outras ações existentes na prática, para a mitigação do risco, tais como realizar *due diligences*, inserir cláusulas de *Compliance* nos contratos, realizar treinamentos para os terceiros, fazer auditorias, entre outras. Para todas elas, o foco concentra-se em reunir evidências das tarefas executadas, a fim de excluir ou minimizar a sua responsabilidade. Tais atividades não conduzem os terceiros a serem éticos e íntegros.¹⁶

Wagner Giovanini interpreta o disposto na Lei Anticorrupção como uma verdadeira exigência de integridade (e não apenas de im-

16 GIOVANINI, op. cit., p. 472.

plementação de mecanismos que visem proteger a organização empresária de eventual responsabilização decorrente da prática de atos de corrupção – embora o autor reconheça a importância e recomende que os mecanismos de proteção não sejam desprezados)¹⁷. Dessa forma, somente a adoção de mecanismos de proteção não seria suficiente para atender ao disposto na Lei nº 12.846/2013.

Não obstante a consagração da relevância dos programas de *compliance*, a Lei nº 12.846/2013 dispõe de forma sucinta sobre o tema, tendo sido atribuída competência ao Poder Executivo federal para estipulação dos parâmetros de avaliação dos mecanismos e procedimentos internos de integridade. De todo modo, apenas com base nas disposições legais, sabe-se que a existência de programa de *compliance* eficaz é elemento que será levado em consideração quando da análise da responsabilidade de organização empresária acusada da prática de atos de corrupção.

A seu turno, o Decreto nº 8.420/2015 detalha a forma de incidência da multa por atos de corrupção praticados (prevista no art. 6º, I, da Lei nº 12.846/2013). Tal aplicação se dá de forma gradual, a partir da soma dos valores correspondentes a percentuais do faturamento bruto da entidade corruptora. Para tanto, foram estabelecidas hipóteses que, verificadas no caso concreto, resultam na aplicação de determinado percentual sobre o faturamento bruto da organização empresária. A soma dos valores obtidos mediante a aplicação do percentual referente a cada critério sobre o faturamento bruto resulta no total da multa a ser aplicada¹⁸.

17 Ibidem, p. 472-473.

18 “Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: I – um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo; II – um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica; III – um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada; IV – um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral – SG e de Liquidez Geral – LG superiores a um e

Já o art. 18 do Decreto nº 8.420/2015 contém rol de hipóteses que, verificadas no caso concreto, possuem o efeito inverso daquelas do art. 17. A verificação de tais hipóteses no caso concreto também resulta na aplicação de determinados percentuais sobre o faturamento bruto da entidade corruptora. Porém, os valores obtidos são reduzidos do valor total da multa alcançada pelo procedimento do art. 17 do Decreto nº 8.420/2015, acima descrito¹⁹.

A existência de programa de *compliance* anticorrupção é a hipótese estabelecida no art. 18 do Decreto nº 8.420/2015 que tem o efeito de reduzir em maior grau o valor da multa aplicada como sanção ao ato de corrupção praticado (decrécimo de valor correspondente a até 4% do faturamento bruto da pessoa jurídica). Tal percentual varia a depender da presença, no caso concreto, dos elementos elencados no art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, que serão melhor analisados no capítulo seguinte.

de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo; V – cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e VI – no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguinte percentuais: a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).”

19 “Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: I – um por cento no caso de não consumação da infração; II – um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa; III – um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência; IV – dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e V – um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.”

3. Mecanismos para o desenvolvimento de programa de integridade anticorrupção efetivo

Desde a edição da Lei nº 12.846/2013, muito se debate sobre quais mecanismos devem compor um programa de *compliance* anticorrupção para que este seja caracterizado como sério e efetivo, tanto pelo mercado em geral, quanto pelas autoridades responsáveis pela aplicação de sanções com base na Lei Anticorrupção. Diante dessa situação, alguns instrumentos e diplomas elaborados especificam e detalham aquilo que não pode deixar de estar contemplado em programa de integridade que pretenda ser adequado ao sistema brasileiro de anticorrupção.

No presente trabalho, optou-se por limitar o embasamento da presente análise a três dos principais documentos que disciplinam o tema no Brasil: (i) o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção; (ii) a ISO 37001, elaborada pelo *Project Committee Anti-bribery management systems* – PCA e traduzida pela ABNT;²⁰ e (iii) o documento intitulado “Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas”, elaborado pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU (“Diretrizes da CGU”)²¹⁻²². Os

20 A norma ISO 37001:2016 foi traduzida para o português pela Comissão Nacional de Estudo Especial de Antissuborno da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (ABNT/CEE-278), que é o Foro Nacional de Normatização. Nesse sentido, a ABNT editou a norma ABNT NBR ISO 37001:2017 (“ISO 37001”), que será objeto de análise aprofundada na presente Seção. Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. ABNT NBR ISO 37001:2017. *Sistemas de gestão antissuborno – Requisitos com orientações para uso*.

21 MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (“CGU”). *Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília, set. 2015. Disponível em: “www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretriz-es-para-empresas-privadas.pdf”. Acesso em: 11 nov. 2017.

22 Como exemplos de outros diplomas ou instrumentos elaborados com intuito de dispor sobre requisitos ou parâmetros que devem ser observados para elaboração de programa de integridade eficiente e eficaz, cabe destacar a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.554/1998, a Lei nº 13.683/2012 e normas estaduais como a recente Lei estadual nº 7.753/2017, editada pela assembleia legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que “dispõe sobre a instituição

mecanismos mencionados nos referidos documentos são analisados à luz dos comentários da doutrina especializada no tema, não necessariamente composta por estudiosos do direito.

Registre-se de antemão que a ISO 37001 tem por escopo somente a especificação de requisitos e o fornecimento de orientações para estabelecimento, implementação e manutenção do chamado “sistema de gestão antissuborno”, sendo o termo “suborno” definido no âmbito do próprio documento da seguinte forma:

Oferta, promessa, doação, aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida de qualquer valor (que pode ser financeiro ou não financeiro), direta ou indiretamente, e independente de localização(ões), em violação às leis aplicáveis, como um incentivo ou recompensa para uma pessoa que está agindo ou deixando de agir em relação ao desempenho de suas obrigações.²³

Embora a maior parte dos atos lesivos à administração pública estabelecidos na Lei nº 12.846/2013 amoldem-se ao conceito de “suborno” da ISO 37001, reconhece-se que há outros atos de corrupção elencados na referida lei que fogem ao escopo direto do documento elaborado pela PCA. Não obstante, a partir da análise da norma técnica, pode-se observar que os requisitos e orientações contidos na ISO 37001 são aplicáveis à elaboração de programa de *compliance* anticorrupção que abranja a prevenção e remediação de todos os atos lesivos dispostos na Lei Anticorrupção²⁴. Sendo assim, sempre que neste trabalho foi feita referência ao termo “suborno” quando da

do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências”.

23 Ibidem, p. 2.

24 Encontra-se disposto no escopo da ISO 37001 que tal documento “[...] não aborda especificamente fraude, cartéis e outros delitos antitruste/anticorrupção, lavagem de dinheiro ou outras atividades relacionadas a práticas corruptas [...]”, havendo, por outro lado, a ressalva de que “[...] uma organização [pode] escolher ampliar o escopo do sistema de gestão para incluir essas atividades” (Ibidem, p. 1).

análise das disposições da ISO 37001, tal termo deverá ser interpretado como sinônimo dos atos lesivos à administração pública previstos na Lei nº 12.846/2013.

Feitos tais esclarecimentos, passa-se à análise dos principais mecanismos necessários à elaboração de programa de integridade anticorrupção condizente com os preceitos da Lei nº 12.846/2013 e do Decreto nº 8.420/2015.

3.1. Análise de perfil e de riscos

A primeira medida a ser tomada quando da implementação de programa de integridade que objetive atender aos preceitos do sistema anticorrupção brasileiro consiste na análise do perfil da organização empresária no âmbito da qual o referido programa será implementado, especialmente no que diz respeito à análise dos riscos de prática de atos de corrupção inerentes ou decorrentes das atividades por ela exercidas.

Tal medida precede a própria elaboração do “programa de integridade” em si, sendo indispensável para que tal programa se adeque à estrutura interna da entidade e ao grau de risco de prática de atos de corrupção resultante de suas atividades. Isso porque a complexidade estrutural da organização empresária e o grau de risco de prática de atos lesivos à administração pública são diretamente proporcionais à estrutura, amplitude e complexidade do programa de integridade a ser elaborado.

A adoção de detalhado e complexo programa de *compliance* por organização empresária de estrutura simples e com baixa exposição à possibilidade de prática de atos de corrupção pode representar o uso desnecessário de recursos financeiros e a incompatibilidade do programa com o faturamento da entidade. Por outro lado, não pode um complexo grupo empresarial possuir programa simplório a ponto de não abranger todas as áreas de sua atuação – especialmente no

caso de suas atividades envolverem constantes interações com a administração pública – ou não alcançar todos os seus funcionários, empregados e colaboradores.

Sobre a análise de perfis e riscos, Edmo Colnagui Neves anota que “cada mercado tem seus riscos peculiares e pode se dizer que cada empresa tem suas próprias áreas de vulnerabilidade, assim sendo é necessário identificar estas áreas de tal forma que o programa de *compliance* seja feito sob medida [...]”²⁵. Nessa linha de raciocínio, Wagner Giovanini anotou que:

Os riscos de *Compliance* diferem de acordo com as empresas, seus mercados de atuação, tipos de produtos, serviços e soluções, partes com quem se relacionam (clientes, fornecedores, sociedade, força de trabalho, acionistas), etc. Desta maneira, convém à organização estabelecer a melhor forma para identificá-los e, a partir daí, engajar-se na sua mitigação.

Naturalmente, entende-se como essa a fase inicial, pois dela derivam os processos, atividades e controles que irão compor a base de um Programa de *Compliance*. Nessa direção, cumpre destacar um conceito importante para a efetividade e sustentabilidade do programa: vale investir num estudo detalhado para alocação e recursos, de acordo com os riscos inerentes, a fim de evitar-se o excesso de atividades onde eles são baixos e, em contrapartida, a escassez delas onde eles são maiores.²⁶

A necessidade de adequação do programa de integridade elaborado à estrutura e aos riscos aos quais a organização empresária está exposta constitui comando normativo do Decreto nº 8.420/2015, em cujo art. 41, parágrafo único, está previsto que “o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo

25 NEVES, op. cit., p. 479-480.

26 GIOVANINI, op. cit., p. 464.

com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”. O art. 42, §1º, do mesmo diploma regulamentar complementa o referido comando²⁷.

A ISO 37001 igualmente estabelece uma série de fatores considerados pertinentes ao objetivo que se busca alcançar com um sistema de gestão antissuborno, valendo destacar: tamanho, estrutura e delegação de autoridade para tomada de decisão da organização; localizações e setores nos quais a organização opera ou antecipa a operação; natureza, escala e complexidade das operações e atividades da organização; modelo de negócios da organização; entidades sobre as quais a organização tenha controle e entidades que exerçam controle sobre a organização; parceiros de negócios da organização; natureza e extensão das interações com agentes públicos; e obrigações e deveres estatutários, regulatórios, contratuais e profissionais aplicáveis²⁸.

O mesmo documento estabelece, ainda, que tais procedimentos de avaliação de risco devem ser contínuos, permitindo a precisa identificação dos riscos de suborno que a entidade possa antecipar de forma razoável, a análise de tais riscos e a avaliação da adequação e eficácia dos controles existentes na organização para mitigar os riscos identificados²⁹. Por sua vez, o Anexo A à ISO 37001 esclarece a importância da avaliação dos riscos e da adequação do programa pretendido ao perfil da organização empresária³⁰.

27 “§1º. Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretores ou setores; III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV – o setor do mercado em que atua”.

28 ABNT, op. cit., p. 7. Alguns dos fatores elencados no trecho em referência são detalhados, desenvolvidos ou esclarecidos no Anexo A à ISO 37001 (Ibidem, p. 28-29).

29 Ibidem, p. 8.

30 “A intenção do processo de avaliação de riscos de suborno requerida em 4.5 é possibilitar à organização a constituição de uma base sólida para o seu sistema de gestão antissuborno.

Os parâmetros de análise de risco e perfil dispostos nas Diretrizes da CGU em pouco acrescentam às disposições do Decreto nº 8.420/2015 e da ISO 37001.³¹ Não obstante, o documento consultivo contém rol exemplificativo de situações de risco que devem ser obje-

Esta avaliação identifica os riscos de suborno que serão focados pelo sistema, ou seja, os riscos de suborno considerados prioritários pela organização para mitigação do risco de suborno, implementação de controle, alocação de pessoal de compliance antissuborno, recursos e atividades. [...] As medidas não podem ser tão caras, onerosas e burocráticas que sejam inacessíveis ou tornem o negócio inviável, tampouco podem ser tão simples e ineficazes que o suborno possa ocorrer facilmente. As medidas precisam ser apropriadas ao risco de suborno e convém que tenham chance razoável de sucesso em seu objetivo de prever, detectar e responder a suborno. [...] Os exemplos a seguir fornecem uma orientação sobre como a qualificação de “razoável e proporcional” pode ser aplicada em relação a diferentes circunstâncias. a) Uma organização multinacional muito grande poderia precisar lidar com múltiplos níveis de gestão e milhares de pessoas. Assim, seu sistema de gestão antissuborno tipicamente precisa ser bastante mais detalhado do que o de uma pequena organização com poucas pessoas. b) Uma organização que tenha atividades em um local com mais do que alto risco de suborno precisará normalmente do processo de avaliação de riscos de suborno e procedimentos de *due diligence* mais abrangentes, e um nível mais elevado de controle antissuborno sobre suas transações de negócios naquele local em que uma organização que tenha atividades somente em locais com mais do que baixo risco de suborno, onde o suborno é relativamente raro. c) Apesar de o risco de suborno existir em relação a muitas transações ou atividades, é provável que o processo de avaliação de risco de suborno, os procedimentos de *due diligence* e os controles antissuborno implementados por uma organização envolvida em uma grande, viola transação, ou em atividades envolvendo uma ampla gama de parceiros de negócios sejam mais abrangentes que aqueles implementados por uma organização em relação a um negócio que envolve vender itens de pequeno valor a múltiplos clientes ou múltiplas pequenas transações com uma única parte. d) Uma organização com vasta gama de parceiros de negócios pode concluir, como parte de seu processo de avaliação de risco de suborno, que seja improvável que certas categorias de parceiros de negócios, clientes de varejo, apresentem mais do que um baixo risco de suborno, e levar isso em conta na concepção e implementação do seu sistema de gestão antissuborno. Por exemplo, é improvável que a *due diligence* seja necessária ou que seja um controle proporcional e razoável em relação aos clientes do varejo que estão comprando da organização itens como produtos de consumo” (Ibidem, p. 26-27).

31 “Além da análise do perfil da empresa, a estruturação de Programa de Integridade depende também de uma avaliação de riscos que leve em conta as características dos mercados onde a empresa atua (cultura local, nível de regulação estatal, histórico de corrupção). Essa avaliação deve considerar principalmente a probabilidade de ocorrência de fraudes e corrupção, inclusive, ligadas a licitações e contratos, e o impacto desses atos lesivos nas operações da empresa. Com base nos riscos identificados, serão desenvolvidas as regras, políticas e procedimentos para prevenir, detectar e remediar a ocorrência dos atos indesejados” (CGU, op. cit., p. 10).

to de atenção e análise pelas organizações empresárias quando da elaboração de seus respectivos programas de integridades, valendo destacar as seguintes: (i) participação em licitações; (ii) obtenção de licenças, autorizações e permissões; (iii) contato com agentes públicos ao submeter-se à fiscalização; (iv) contratação de agentes e ex-agentes públicos; (v) oferecimento de hospitalidade, brindes e presentes a agentes públicos; (vi) estabelecimento de metas inatingíveis e outras formas de pressão; (vii) oferecimento de patrocínios e doações; (viii) contratação de terceiros;³² e (ix) operações de reorganização societária.

3.2. Engajamento da alta diretoria e criação de “função de *compliance*”

O engajamento da alta diretoria (ou seja, da administração) da organização empresária é de suma importância, tanto para elaboração do programa de *compliance*, quanto para sua implementação e efetivação. Edmo Colnaghi Neves inclusive menciona que tal engajamento consistiria no “ponto de partida” de efetivo programa de integridade, devendo ser anterior a qualquer outra etapa de sua implementação³³.

Trata-se de mecanismo conhecido na doutrina estrangeira como “*the tone at the top*” (do inglês, “o tom da liderança”). No entendimento de Wagner Giovanini, “a liderança ocupa posição de destaque desde a introdução do programa e, por seu intermédio, o *Com-*

32 Sobre essa situação de risco específica, vale reiterar que a Lei Anticorrupção permite a responsabilização da organização empresária em razão de atos praticados por quaisquer pessoas em seu benefício ou interesse. Desse modo, a pessoa que pratica o ato lesivo à administração pública não precisa ser seu administrador, empregado ou funcionário, podendo ser, como no caso em tela, terceiro contratado para prestação de determinado serviço.

33 NEVES, op. cit., p. 478.

pliance penetra na cultura da organização”. O autor ressalta que não basta que a alta administração apoie a existência do programa de *compliance*, mas que “[...] o líder máximo da organização deve incorporar os princípios desse Programa e praticá-los sempre, não só como exemplo aguardado pelos demais, mas também para transformar, na realidade, sua empresa num agente ético e íntegro”³⁴.

Tanto a ISO 37001 quanto as Diretrizes da CGU incluem a necessidade de engajamento da alta administração como elemento indispensável na implementação de programa compatível com os preceitos da Lei Anticorrupção. Nas Diretrizes da CGU, inclusive, tal elemento é elencado como o primeiro dos cinco “pilares” dos programas de integridade, consignando o seguinte:

O comprometimento da alta direção da empresa com a integridade nas relações público-privadas e, consequentemente, com o Programa de Integridade é a base para a criação de uma cultura organizacional em que funcionários e terceiros efetivamente prezem por uma conduta ética. Possui pouco ou nenhum valor prático um Programa que não seja respaldado pela alta direção. A falta de compromisso da alta direção resulta no descompromisso dos demais funcionários, fazendo o Programa de integridade existir apenas “no papel”. [...]

A atitude dos membros da alta direção frente a eventual ocorrência de ato lesivo é de extrema importância. Quando há a participação de membros da alta direção em atos lesivos, fica patente a ausência de comprometimento institucional. Caso os dirigentes tenham conhecimento sobre possíveis irregularidades e não adotem as providências cabíveis, ou se evitam intencionalmente tomar conhecimento de fatos que lhe criariam responsabilidade, torna-se evidente a falta de comprometimento real com o programa de integridade.³⁵

34 GIOVANINI, op. cit., p. 460.

35 CGU, op. cit., p. 8-9.

A CGU exemplifica, no referido documento, algumas formas por meio das quais a alta administração da organização empresária pode demonstrar seu engajamento, tais como incorporando o tema aos seus discursos, incluindo a verificação da efetividade das ações de integridade como pauta permanente de suas reuniões, destinando recursos adequados para a implementação e manutenção do programa de *compliance*, aderindo expressamente ao programa, participação em treinamentos, dentre outras. Por sua vez, a ISO 37001 enumera os objetivos da demonstração de liderança e comprometimento pela alta direção da entidade³⁶.

A despeito da incontestável relevância da necessidade de engajamento dos membros da administração da organização empresária, a literatura especializada não recomenda que a responsabilidade pela aplicação, desenvolvimento e monitoramento do referido programa caiba ao órgão máximo da estrutura executiva da entidade. Com efeito, recomenda-se que tal função seja atribuída a setor, órgão ou instância específica, que se responsabilize exclusivamente (ou “semi-exclusivamente”) pelo desenvolvimento e aplicação do programa de *compliance*. No âmbito da ISO 37001, convencionou-se referir-se a tal setor como “função de *compliance*”³⁷.

36 Dentre os objetivos da demonstração de liderança e comprometimento enumerados na ISO 37001, vale destacar os seguintes: (i) assegurar que o sistema de gestão antissuborno, incluindo a política e os objetivos, esteja estabelecido, implementado, mantido e analisado criticamente para abordar de forma adequada os riscos de suborno da organização; (ii) disponibilizar recursos adequados e apropriados para a operação eficaz do sistema de gestão antissuborno; (iii) assegurar que o sistema de gestão antissuborno esteja apropriadamente concebido para alcançar seus objetivos; (iv) promover uma cultura antissuborno apropriada dentro da organização; (v) assegurar o uso de procedimentos de relatos e denúncias de subornos suspeitos ou reais; e (vi) assegurar que o pessoal não sofra retaliação, discriminação ou ação disciplinar por relatos feitos de boa-fé com base em uma razoável convicção de violação ou suspeita de violação da política antissuborno da organização, ou por se recusar a participar do suborno, mesmo que tal recusa possa significar a não realização do negócio (ABNT, op. cit., p. 9-10).

37 No Decreto nº 8.420/2015, tanto o engajamento da administração, quanto a criação de função de compliance estão previstos da seguinte forma: “Art. 42. Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto à sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos

A função de *compliance* corresponde a área específica da organização empresária que deverá ser responsável por monitorar, desenvolver e aplicar o programa de integridade. Essa atividade pode ser exclusiva ou harmonizada e compatibilizada com outras atividades, desde que estas não comprometam a independência do desempenho da função de *compliance*³⁸.

A ISO 37001 apresenta rol exemplificativo de alguns dos objetivos da atuação da função de *compliance*, destacando-se: (i) supervisionar a concepção e implementação, pela organização empresária, do sistema de gestão antissuborno; (ii) prover aconselhamento e orientação para o pessoal sobre o sistema de gestão antissuborno e as questões relativas ao suborno; e (iii) reportar o desempenho do sistema de gestão antissuborno à administração da organização empresária.

De modo a garantir que a função de *compliance* tenha condições para cumprir com suas atribuições, a organização empresária deve muní-la com recursos financeiros, materiais e humanos ade-

os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; [...] IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento”.

38 Especialmente em organizações empresária de porte reduzido, não parece ser razoável a destinação de recursos materiais e humanos para estabelecimento de área exclusivamente destinada à função de *compliance*, uma vez que o risco de prática de atos de corrupção no desempenho de suas atividades pode ser ínfimo (vide item 3.3.1 desta Seção). Nesses casos, admite-se a função de *compliance* seja cumulada com outras, respeitada a independência necessária ao exercício da primeira. Sobre o tema, vale destacar o seguinte trecho do Anexo A à ISO 37001: “O número de pessoas trabalhando na função de *compliance* antissuborno depende de fatores como o tamanho da organização, a extensão do risco de suborno que a organização enfrenta e a carga de trabalho resultante da função. Em uma organização pequena, é provável que a função de *compliance* antissuborno seja uma pessoa a quem foi atribuída a responsabilidade em tempo parcial, e que consiga combinar esta com outras responsabilidades. Quando a extensão do risco de suborno e a carga de trabalho resultante justificarem, a função de *compliance* antissuborno pode ser uma pessoa a quem seja atribuída a responsabilidade em tempo integral. Em organizações de grande porte, a função provavelmente será ocupada por várias pessoas. Algumas organizações podem atribuir a responsabilidade a um comitê que incorpore uma gama de competências pertinentes” (Ibidem, p. 30).

quados.³⁹ Além disso, a função de *compliance* deve atuar com competência, *status*, autoridade e independência apropriados⁴⁰.

Abre-se espaço, ainda, para que a organização empresária opte por não atribuir a função de *compliance* a determinado setor interno, mas sim a terceira parte, externa à organização. Essa situação, embora admitida, implica na necessidade de intensa fiscalização da organização sobre a pessoa contratada para exercício da função, não sendo possível cogitar, para fins da aplicação da Lei Anticorrupção, no abrandamento ou exclusão da responsabilidade da entidade por falha do terceiro contratado.

3.3. Elaboração da política de integridade

Realizada a análise inicial do perfil da organização empresária e dos riscos de prática de atos de corrupção decorrentes do desem-

39 CGU, op. cit., p. 9. Sobre a alocação de recursos financeiros para a função de *compliance*, Wagner Giovanini anotou o seguinte: “O Compliance numa instituição evolverá um aporte financeiro. Cumpre, no entanto, assumir essa condição em vez de negar sua ocorrência. Se no passado não se vislumbrava a necessidade do Compliance, isso não pode servir de argumento na atualidade [...] Por outro lado, nenhuma organização irá dispor de recursos infinitos ou permitir seu uso irracional. Nesse contexto, torna-se imprescindível atribuir a responsabilidade para o estabelecimento do Programa de Compliance, seu departamento e a definição dos recursos necessários a uma pessoa com habilidade e compromisso de combinar os dois objetivos: ter um programa efetivo e investir o mínimo possível” (GIOVANINI, op. cit., p. 460-461).

40 Cabe transcrever a descrição da ISO nº 37001 para cada uma das referidas características: “a) ‘competência’ significa que o pessoal pertinente tem educação, treinamento ou experiência apropriados, a habilidade pessoal para lidar com os requisitos de seus papéis e a capacidade de aprender sobre o papel de desempenhá-lo apropriadamente; b) ‘status’ significa que provavelmente o pessoal está suscetível a ouvir e respeitar as opiniões do pessoal responsável pela conformidade atribuída; c) ‘autoridade’ significa que a(s) pessoa(s) pertinente(s) a quem for atribuída a responsabilidade de compliance tenham sido concedidos poderes suficientes pelo Órgão Diretivo (se houver) e pela Alta Administração, de maneira a assumir as responsabilidade de compliance eficazmente; d) ‘independência’ significa que a(s) pessoa(s) pertinente(s) a que é(são) atribuída(s) a(s) responsabilidade(s) de compliance não é(são), tanto quanto possível, envolvida(s) pessoalmente nas atividades da organização que estejam expostas a risco de suborno” (ABNT, op. cit., p. 30).

penho de suas atividades, bem como estando a alta administração engajada e estabelecida a área responsável pelo *compliance*, passa-se à tratar especificamente da elaboração da política de integridade anticorrupção que será adotada pela entidade.

Tal política deverá abranger os princípios éticos adotados pela organização empresária e os procedimentos para mitigar os riscos de prática de atos lesivos à administração pública, devendo consistir em um ou mais documentos, todos de fácil acesso e entendimento a todos os integrantes da entidade. Nos referidos documentos, estará efetivamente disciplinado o programa de conformidade que deverá ser obedecido por todos que integrem ou que se relacionem em determinado grau com a organização empresária⁴¹.

À necessidade de instituição de política de integridade foi atribuída grande destaque pelo art. 42 do Decreto nº 8.420/2015⁴². De forma resumida, é possível afirmar que tudo o que for relacionado ao programa de *compliance* anticorrupção da organização empresária deve ser objeto da política elaborada, inclusive elementos que a precedem, como a própria forma de elaboração da política, a identificação e composição da função de *compliance* e o engajamento da administração da entidade.

41 GIOVANINI, op. cit., p. 463. Na mesma linha, a ISO 37001 prescreve que a política de integridade deve: estar disponível como informação documentada; ser comunicada nos idiomas apropriados, dentro da organização e também para os parceiros de negócio que representem mais do que um baixo risco de suborno; estar disponível para as partes interessadas pertinentes, conforme apropriado.

42 “Art. 42. Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto à sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: [...] II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e política de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviços, agentes intermediários e associados; [...] IV – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como o pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; [...]”.

Nessa linha, a ISO nº 37001 elenca resumidamente qual deve ser o conteúdo da política de integridade anticorrupção, consignando que a organização empresária deve estabelecer, manter e analisar criticamente política que:

- a) proíba o suborno;
- b) requeira o cumprimento das leis antissuborno que são aplicáveis à organização;
- c) seja apropriada ao propósito da organização;
- d) proveja uma estrutura para estabelecer, analisar criticamente e alcançar objetivos antissuborno;
- e) inclua um comprometimento para satisfazer os requisitos do sistema de gestão antissuborno;
- f) encoraje o levantamento de preocupações com base na boa-fé ou em uma razoável convicção na confiança, sem medo de represália;
- g) inclua um comprometimento para a melhoria contínua do sistema de gestão antissuborno;
- h) explique a autoridade e independência da função de compliance antissuborno; e
- i) explique as consequências do não cumprimento da política antissuborno.⁴³

Não é factível, no escopo do presente trabalho, analisar detidamente o conteúdo que deve ser contemplado em política de integridade. De toda forma, vale referir-se, resumidamente, às regras, políticas e controles internos consignados nas Diretrizes da CGU como indispensáveis ao programa de *compliance* anticorrupção efetivo⁴⁴:

- (i) Política de relacionamento com o setor público: uma política clara e efetiva sobre relacionamento com o setor público é capaz de mitigar riscos relacionados à participação em licitações e contratos administrativos, pagamento de tributos, obtenção de licenças, autorizações e permissões, situações de fiscalização ou regulação e relação com (ex)agentes públicos;

43 ABNT, op. cit., p. 10.

44 CGU, op. cit., p. 14-22.

- (ii) Política relativa ao oferecimento de hospitalidade, brindes e presentes a agente público nacional ou estrangeiro: o tema é objeto de análise aprofundada no item 3.7 deste trabalho;
- (iii) Política relativa a registros e controles contábeis: o estabelecimento de procedimentos rígidos para o registro contábil é essencial para identificação de impropriedades. O documento registra que o suborno, assim como outras práticas ilícitas, pode ser contabilmente legitimado como pagamentos legítimos (comissões, consultorias, gastos com viagens, bolsas de estudo, entretenimento etc.);
- (iv) Política de contratação de terceiros: para diminuir as chances de que a organização empresária se envolva em casos de corrupção ou fraude em licitações e contratos, em função da atuação de terceiros, é importante que adote verificações apropriadas para contratação e supervisão de fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, entre outros, principalmente em situações de elevado risco à integridade;
- (v) Política sobre reorganização societária: para prevenir a responsabilização por atos lesivos praticados por outra organização empresária com a qual esteja envolvida em decorrência de processos de reestruturação societária, devem ser adotadas medidas para verificar se a outra entidade esteve ou está implicada em atos lesivos à administração pública e se ela possui vulnerabilidades que acarretem riscos à integridade;
- (vi) Políticas sobre patrocínios e doações: caso a organização empresária decida por esse tipo de ação, é aconselhável que tenha políticas específicas que estabeleçam regras e critérios, tanto para seleção dos destinatários, quanto para acompanhar os projetos aprovados;

- (vii) Canais de denúncia: o tema é objeto de análise aprofundada no item 3.5 deste artigo; e
- (viii) Medidas disciplinares: o tema é objeto de análise aprofundada no item 3.8 deste artigo.

3.4. Treinamento e comunicação contínuos

Estabelecida a política de integridade, faz-se imprescindível a implementação de plano de capacitação dirigido a todos os colaboradores da organização empresária, independentemente do nível hierárquico que ocupem. A participação de administradores e funcionários do alto escalão é, inclusive, medida que demonstra seu engajamento com o programa de *compliance*.

O decreto regulamentar da Lei Anticorrupção elencou, como parâmetro para avaliação dos programas de integridade, a realização de “treinamentos periódicos sobre o programa de integridade” (art. 42, V, do Decreto nº 8.420/2015). Já a CGU ressalta que “as regras não terão efetividade se as pessoas não souberem como e quanto aplicá-las”, sendo certo que a organização empresária se responsabiliza pela participação dos colaboradores nos treinamentos, inclusive recomendando que, caso necessário, eles sejam obrigatórios ou que sejam estabelecidas avaliações com base no conteúdo transmitido⁴⁵.

Na ISO 37001 são enumeradas as matérias que devem ser abordadas no treinamento, tais como: (i) a política de integridade anticorrupção, incluindo a obrigação de sua observância e as conse-

45 CGU, op. cit., p. 20-21. Na mesma linha, ensina Wagner Giovanini: “A classificação dos treinamentos em obrigatórios e facultativos concorre para o bom funcionamento do Sistema de Compliance. A definição correta do público alvo, a escolha de material apropriado e o estabelecimento de uma carga horária adequada compõem os ingredientes fundamentais para o êxito” (GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 466).

quências de sua inobservância; (ii) os riscos de suborno e os possíveis danos causados por sua prática à organização empresária; (iii) as circunstâncias nas quais o suborno pode ocorrer em relação às obrigações dos colaboradores e como reconhecer essas circunstâncias; (iv) como reconhecer e responder às solicitações e ofertas de suborno; (v) como é possível ajudar a prevenir e evitar suborno; e (vi) os benefícios decorrentes da denúncia de casos ou suspeita de casos de suborno e a forma como tal denúncia pode ser feita.

Os treinamentos relacionados ao programa de integridade anticorrupção devem ter periodicidade regular, de modo que os novos colaboradores tenham oportunidade de participar e os antigos colaboradores possam recapitular e reforçar seu entendimento sobre o tema. Pode-se cogitar, ainda, da necessidade de treinamento anticorrupção para terceiros que não integrem diretamente a organização empresária, mas que com ela se relacionem de alguma forma que possa causar a responsabilização da entidade pelos atos por eles praticados. A necessidade de extensão dos planos de treinamento para além dos colaboradores da entidade dependerá dos resultados obtidos com a análise e perfil dos riscos.

Complementar ao treinamento é o estabelecimento de canais de comunicação, de forma a permitir a contínua transmissão de conteúdos relacionados ao programa de integridade a colaboradores e terceiros que se relacionem com a organização empresária. Segundo Edmo Colnaghi Neves: “a comunicação sobre os Princípios e o Código de Conduta pode ser feita de várias maneiras e deve ser renovada de modo criativo, de tal sorte a manter a curiosidade e interesse dos empregados”⁴⁶.

A “comunicação contínua” a que se refere a doutrina, a ISO 37001 e as Diretrizes da CGU vai além da mera disponibilização, em

46 NEVES, op. cit., p. 485.

local de fácil acesso, dos códigos, manuais e documentos que compõem a política de integridade. Com efeito (obviamente a depender da estrutura da organização empresária), recomenda-se a elaboração de conteúdo periódico, com o objetivo de manter o colaborador sempre em contato com a política de integridade e com a anticorrupção⁴⁷.

Ainda sobre o tema, as Diretrizes da CGU destacam que deve ser mantido sempre aberto canal por meio do qual os colaboradores da organização empresária possam se informar e esclarecer dúvidas e questionamentos sobre o programa de integridade anticorrupção⁴⁸.

3.5. Canal de denúncias (“*whistleblowing*”)

Talvez o mais debatido instrumento que deve compor o programa de integridade é o canal de denúncias, por meio do qual determinada pessoa, pertencente ou não aos quadros da organização empresária, pode denunciar à função de *compliance* a prática ou suspeita de prática de atos de corrupção ou de quaisquer violações à política de integridade em vigor.

Mauricio Moreira Menezes destaca que a utilização de canal de denúncias (prática denominada de “*whistleblowing*” na doutrina estrangeira) é polêmica, ressaltando existir quem “[...] estenda ao ‘*whistleblowing*’ crítica comumente dirigidas ao instituto da colaboração premiada, identificando problemas de ordem ética, por consequência da gravidade do ato de imputar a prática de ilícito a terceiro”⁴⁹. Não obstante as vozes destoantes, o “*whistleblowing*” é atualmente considerado importante mecanismo para assegurar a efetividade dos programas de conformidade anticorrupção.

47 GIOVANINI, op. cit., p. 465.

48 CGU, op. cit., p. 20.

49 MENEZES, op. cit., p. 238.

A implementação dos canais de denúncia encontra-se expressamente prevista no art. 42, X, do Decreto nº 8.420/2015 como parâmetro para avaliação do programa de *compliance* de organização empresária acusada da prática de ato de corrupção. Tal previsão está em consonância com ordenamentos jurídicos estrangeiros.⁵⁰ Na mesma linha, a PCA elencou o “*whistleblowing*” como um dos requisitos para o estabelecimento de sistema de gestão antissuborno efetivo.⁵¹

Para que seja um efetivo instrumento anticorrupção, o “*whistleblowing*” precisa ser implementado com determinadas cautelas. Em primeiro lugar, é necessário que o canal de denúncias seja adequado à estrutura e às atividades exercidas pela organização empresária. Caso algum colaborador não possa ter acesso ao principal canal implementado, devem ser implementadas alternativas, de modo que a oportunidade de denunciar seja oferecida de forma global.

Na mesma linha, faz-se imprescindível a adoção de políticas que permitam a denúncia anônima e estabeleçam proteção ao denunciante de boa-fé, ainda que diante de denúncia improcedente. O

50 Dentre todos, cf. o The False Claim Act (Estados Unidos, 1836), Public Interest Disclosure Act (Reuni Unido, 1998), Whistleblower Protection Act (Japão, 2004), Whistle Blower Protection Act (Índia, 2011), Convenção da OEA, Convenção da ONU e Convocação da OCDE.

51 Na ISO 37001 traduzida para o português, o *whistleblowing* é referido sob o termo “relato”. Com efeito, o referido documento consigna que as organizações empresárias devem implementar procedimentos que: “a) incentivem e permitam que o pessoal relate de boa-fé, ou com base em uma tentativa razoável de convicção, suspeita ou real de suborno, ou qualquer violação ou fragilidade fraqueza do sistema de gestão antissuborno para a função de *compliance* antissuborno ou ao pessoal apropriado (seja diretamente ou por meio de uma terceira parte apropriada); b) exceto na extensão necessária para avançar em uma investigação, requeiram que a organização trate os relatos de forma confidencial para proteger a identidade de quem relatou e de outros envolvidos ou mencionados no relato; c) permitam o relato de forma anônima; d) proíbam retaliação e protejam aqueles que falam o relato da retaliação, após eles, de boa-fé ou com base em uma convicção razoável, terem levantado ou relatado uma preocupação sobre uma tentativa de suborno, real ou suspeita, ou violação da política antissuborno ou do sistema de gestão antissuborno; e) permitam que o pessoal receba orientações de pessoa apropriada sobre o que fazer, se confrontado com uma preocupação ou uma situação que possa envolver suborno (ABNT, op. cit., p. 20).

“*whistleblowing*” não pode funcionar como instrumento de interesses pessoais, de modo que devem ser resguardados os direitos do denunciante de boa-fé, enquanto devem ser punidos os que denunciam de má-fé⁵². Nessa mesma linha, recomenda-se o estabelecimento de forma de acompanhamento do trâmite interno (ou ao menos do resultado final da análise da denúncia), por parte do denunciante⁵³.

Em quarto lugar, as denúncias devem ser direcionadas à função de *compliance*, sem intermédio de gerentes ou da administração. Adicionalmente, as denúncias em face de membros da administração e demais funcionários de alto escalão devem ser apuradas com base nos mesmos critérios utilizados para as demais denúncias. Por essa razão, os instrumentos de proteção ao denunciante de boa-fé devem ser estendidos aos que exercem a função de *compliance*, possibilitando a independência e autonomia na apuração da denúncia.

Mauricio Moreira Menezes refere-se, ainda, à experiência internacional com a prática do oferecimento de recompensas ou gratificações ao denunciante cuja denúncia, devidamente apurada, tenha levado à constatação da efetiva ocorrência de ato de corrupção. Tal instrumento, previsto, por exemplo, no *False Claims Act* norte-americano, serviria como forma de incentivo às denúncias e de mitigação dos riscos aos quais o colaborador se submete ao realizá-la⁵⁴.

52 “O maior argumento dos defensores dos canais de denúncia onde o anonimato é proibido reside na preocupação do seu mau uso, seja por meio de retaliação, boato, difamação, calúnias, entre outros. Cumpre admitir-se a existência desse risco e os números comprovam realmente, em denúncias anônimas, certa quantidade de alegações sem fundamento. Todavia, o conjunto de relatos pertinentes é muito mais significativo, compensando, assim, os registros inadequados”. O autor completa seu raciocínio esclarecendo sobre a necessidade de o bom uso dos canais de denúncia constar dos treinamentos e comunicações periódicos (GIOVANINI, op. cit., p. 468). Em sentido diverso, Edmo Colnaghi Neves critica a realização de denúncias anônimas, uma vez que a falta de contato com o denunciante dificulta a apuração das alegações e a complementação das informações fornecidas (NEVES, op. cit., p. 488).

53 Para Edmo Colnaghi Neves, “aqueles que recebem as denúncias devem dar uma satisfação ao denunciante sobre o recebimento da denúncia e seu resultado final” (Ibidem, p. 488).

54 MENEZES, op. cit., p. 239-240.

3.6. Avaliação periódica

A implementação de programa de integridade anticorrupção não se encerra com a elaboração da política. Com efeito, inúmeros fatores geram a necessidade de avaliação periódica e monitoramento contínuo do programa de *compliance* implementado (com a consequente realização dos ajustes necessários), tais como modificações na estrutura da entidade, ampliações ou modificações das atividades por ela exercidas, mudança na legislação aplicável ou, ainda, equívocos na avaliação inicial de perfil e riscos.

Fato é que um programa que se mostra efetivo e compatível com a organização empresária em determinado momento pode não ser em outro, havendo necessidade de sua revisão. Daí Wagner Giovanini esclarecer que “apenas definir processos e controles não basta para a empresa manter-se protegida. Fundamental atender também o seguinte ensejo: ‘quero checar se o *Compliance* está seguindo para a direção certa’”.⁵⁵ Tal revisão pode ser periódica e/ou ocorrer sempre que for verificado ato de desconformidade com o programa de integridade instituído.

A ISO 37001 consignou a necessidade de monitoramento e avaliação de desempenho do programa de integridade antissuborno elaborado, ressaltando que tal avaliação deve ocorrer por meio de auditorias internas e em intervalos planejados⁵⁶. As referidas auditorias, além de servirem como meio de avaliação do programa de integridade existente, também podem servir para a própria apuração de

55 GIOVANINI, op. cit., p. 469-470.

56 ABNT, op. cit., p. 21. O Anexo A à ISO 37001 descreve o objetivo da auditoria interna realizada: “o objetivo da auditoria é fornecer uma garantia razoável ao Órgão Diretivo (se houver) e à Alta Direção de que o sistema de gestão antissuborno foi implementado e está funcionando eficazmente, para ajudar a prevenir e detectar o suborno, e para fornecer um impedimento a qualquer pessoal potencialmente corrupto (uma vez que eles estarão cientes de que seus projetos ou departamento podem ser selecionados para auditoria)” (Ibidem, p. 46).

prática de atos de desconformidade. As Diretrizes da CGU seguem a mesma linha de raciocínio no que se refere ao monitoramento do programa de integridade⁵⁷.

Ainda sobre o tema, cabe reiterar que o art. 41, parágrafo único, do Decreto nº 8.420/2015 estabelece que o programa de integridade anticorrupção deve ser estruturado de acordo com os “riscos atuais” das atividades da organização empresária, sendo garantido seu “constante aprimoramento e adaptação”⁵⁸.

3.7. Política de presentes

O detalhamento da política de presentes, brindes e hospitalidade consiste em capítulo essencial nos documentos que compõem a política de integridade anticorrupção. Com efeito, as Diretrizes da CGU destacam que “o relacionamento com o setor público envolve, com frequência, questões relacionadas a brindes, presentes e hospi-

57 A empresa deve elaborar um plano de monitoramento para verificar a efetiva implementação do Programa de Integridade e possibilitar a identificação de pontos falhos que possam ensejar correções e aprimoramentos. Um monitoramento contínuo do Programa também permite que a empresa responda tempestivamente a quaisquer riscos novos que tenham surgido. [...] Caso seja identificado o não cumprimento de regras ou a existência de falhas que estejam dificultando o alcance dos resultados esperados, a empresa deve tomar providências para sanar os problemas encontrados. Dependendo de suas características, além do monitoramento cotidiano, a empresa pode submeter suas políticas e medidas de integridade a um processo de auditoria, a fim de assegurar que as medidas estabelecidas sejam efetivas e estejam de acordo com as necessidades e as particularidades da empresa”.

58 Nos termos do art. 41, parágrafo único, do Decreto nº 8.420/2015: “O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”. O art. 42, V e XV, do mesmo diploma regulamentar complementa a regra, da seguinte forma: “Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: [...] V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; [...] XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; [...]”.

talidade [...]”, o que ressalta a importância de que o tema seja contemplado nos programas de *compliance*⁵⁹.

Dependendo dos países com os quais a organização empresária mantém negócios, a não aceitação ou recusa de presentes pode ser considerado indecoroso. Por outro lado, conforme alerta a ISO 37001, a aceitação ou oferecimento de presentes também pode ser interpretado como suborno ou pagamento de propina⁶⁰. De forma a tentar conciliar tal prática com a não caracterização de prática de suborno, a ISO 37001 apresenta duas alternativas às entidades.

A primeira delas consiste em vedar, por completo, o oferecimento ou aceitação de presentes. Já a segunda alternativa é o estabelecimento de limites para a prática, com base em alguns dos seguintes parâmetros: valor máximo; frequência; tempo; razoabilidade; pessoa do beneficiário; reciprocidade; e contexto legal e regulatório. Nesse segundo caso, a aceitação ou oferecimento de presentes pode ser condicionada à aprovação da função de *compliance* e devidamente documentada e divulgada⁶¹.

A CGU acrescenta, ainda, a recomendação para que seja previamente verificado se o oferecimento ou aceitação de presentes e benefícios não viola a política de integridade da pessoa jurídica à qual se vincula a contraparte ou, principalmente, as leis de seu país.

3.8. Procedimento interno em caso de descumprimento e medidas disciplinares

O procedimento interno de apuração da desconformidade deve ser instaurado sempre que houver fundada suspeita de violação

59 Ibidem, p. 16.

60 ABNT, op. cit., p. 44.

61 Ibidem, p. 44-45.

à política de integridade anticorrupção da organização empresária, ainda que não se trate de hipótese de violação direta aos preceitos da Lei nº 12.846/2013. Isso porque a política de *compliance* estabelece, além da vedação à prática de atos lesivos à administração pública, diversas obrigações assessórias que têm por objetivo garantir sua efetividade, tais como o comparecimento aos treinamentos, atendimento aos limites para aceitação e oferecimento de presentes e procedimentos para contratação de terceiros.

Dessa forma, a violação da política de integridade anticorrupção, pelo colaborador da entidade ou por terceiro que com ela se relacione, constitui fato que, por si só, pode ensejar a aplicação de medidas disciplinares.

Os procedimentos internos para apurar a ocorrência de desvios podem ser iniciados de diversas formas, sendo instrumentos para tanto a atuação contínua da função de *compliance*, os canais de denúncia e os procedimentos periódicos de auditoria, dentre outros. Uma vez iniciado, o procedimento interno deverá ter como objetivos, em primeiro lugar, a confirmação da prática do ato que ensejou sua instauração e, em segundo lugar, a aplicação da medida disciplinar cabível ao infrator, independentemente do cargo por ele ocupado.

De certo, a não instauração do procedimento interno quando da verificação de suspeita de irregularidades ou a não aplicação de medidas disciplinares quando de sua confirmação poderia caracterizar a ineficácia do programa de integridade. De nada adiantaria a existência de regras detalhadas e sistemas eficientes de monitoramento se, uma vez detectado o desvio, não houver consequências para o agente corruptor.

Ao mesmo tempo, o procedimento interno de apuração de irregularidades deve ser conduzido com cautela, especialmente quando decorrente de denúncia anônima. Ressalte-se que o procedimento não pode ser conduzido de forma vexatória para o colaborador a ele

submetido, uma vez que é possível a improcedência da suspeita que originou tal procedimento. Já no caso de confirmação da prática de desvio, a aplicação da medida disciplinar deve ser levada ao conhecimento dos demais colaboradores da organização empresária, sendo inclusive forma de demonstrar o funcionamento e a seriedade do programa de integridade anticorrupção.

O procedimento deve ser conduzido preferencialmente pela função de *compliance*^{62- 63}, que deve ser dotada de independência e autonomia para tanto. A forma de atuação da função de *compliance* para apuração do desvio deve estar previamente estabelecida nos documentos que compõem a política de integridade da entidade. Da mesma maneira, também devem estar elencadas todas as medidas disciplinares aplicáveis. A CGU consignou, em suas diretrizes, que “as punições previstas devem ser proporcionais ao tipo de violação e ao nível de responsabilidade dos envolvidos”⁶⁴.

Sobre esse particular, no caso de colaboradores que sejam empregados da organização empresária, submetido a regime de trabalho imposto pela Consolidação das Leis do Trabalho, o procedimento interno deverá seguir os requisitos impostos para a realização de sindicância trabalhista, bem como os termos e condições de eventuais

62 “Convém que a função de compliance seja, preferencialmente, a destinatária de quaisquer relatórios com suspeitas de suborno ou suborno real ou violação dos controles antissuborno. Se um relatório for enviado em primeira instância para outra pessoa, convém que os procedimentos da organização requeiram que este relatório seja repassado, o mais rápido possível, para a função de compliance [...] Convém que a investigação seja conduzida por uma pessoa que não esteja envolvida na questão. Pode ser a função de compliance, auditoria interna, outro gerente apropriado ou uma terceira parte apropriada. Convém que a pessoa que esteja investigando tenha autoridade, recursos e acesso apropriados à Alta Direção, a fim de permitir que a investigação seja realizada eficazmente. Convém também que a pessoa que está investigando tenha sido treinada ou tenha experiência anterior na condução de uma investigação. Convém que a investigação estabeleça prontamente os fatos e colete todas as evidências necessárias [...]” (ABNT, op. cit., p. 47-48).

63 GIOVANINI, op. cit., p. 469.

64 CGU, op. cit., p. 22.

acordos ou convenções coletivos existentes. Nesse contexto, as penalidades aplicadas pela organização empresária sobre o colaborador-empregado, em princípio, somente poderão ser as de advertência, suspensão ou dispensa por justa causa. Por essa razão, recomenda-se a consulta a especialista em Direito do Trabalho para que se verifique a adequação do procedimento interno e das medidas disciplinares à legislação trabalhista em vigor.

Referindo-se novamente às Diretrizes da CGU, o documento estabelece a necessidade de se garantir que “[...] nenhum dirigente ou funcionário deixará de sofrer sanções disciplinares por sua posição na empresa [...]”, ressaltando tal fato ser essencial para manter a credibilidade do programa de integridade e o comprometimento dos funcionários⁶⁵.

Finalmente, a ISO 37001 detalha determinadas ações que devem ser tomadas pela organização empresária quando da confirmação de desvio por parte de colaborador – para além da aplicação de medidas disciplinares ao infrator – que variam conforme a gravidade do ato praticado, nos seguintes termos:

Uma vez concluída a investigação pela organização e/ou se houver informação suficiente para tomar uma decisão, convém que a organização empresária implemente ações de acompanhamento apropriadas. Dependendo das circunstâncias e da gravidade da questão, estas ações podem incluir uma ou mais das seguintes:

- a) encerrar, cancelar ou modificar o envolvimento da organização em um projeto, transação ou contrato;
- b) reembolsar ou reivindicar qualquer benefício indevido obtido;
- c) aplicar um processo disciplinar ao pessoal responsável (o que, dependendo da gravidade da questão, pode variar e uma advertência por um delito menor até a demissão por um delito mais grave);

65 Ibidem, p. 22.

- d) reportar o problema às autoridades;
- e) se um suborno ocorrer, tomar as ações necessárias para evitar ou lidar com as eventuais consequências legais do delito (por exemplo, contabilidade falsa que pode ocorrer onde um suborno que é falsamente descrito nas contas, uma infração fiscal, onde um suborno é deduzido erroneamente da receita, ou lavagem de dinheiro, onde os produtos de um crime são tratados)⁶⁶.

Percebe-se, portanto, que a aplicação de medidas disciplinares não representa a última medida a ser tomada pela organização empresária quando diante de ato de corrupção praticado por algum de seus colaboradores e/ou em seu benefício, podendo haver a necessidade de adoção de medidas adicionais de forma a mitigar os efeitos prejudiciais da conduta corruptiva.

4. Conclusões

A Lei nº 12.846/2013 e o Decreto nº 8.420/2015 estabeleceram determinados elementos que, verificados no caso concreto, possibilitam mitigar as sanções administrativas aplicáveis às organizações empresárias corruptoras, sendo o mais importante de tais elementos “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção).

Trata-se de forma de incentivo a que as organizações empresárias adotem programas de integridade anticorrupção sérios e efetivos. Tais programas têm por objetivos e resultados (i) prevenir a prática de atos lesivos à administração pública aptos a gerar a responsabilidade da entidade; (ii) mitigar penalidades impostas em caso de condenação da entidade; e, principalmente, (iii) contribuir para a

66 ABNT, op. cit., p. 48-49.

consolidação de um ambiente de negócios mais ético, íntegro e conforme.

Sob esse prisma, cada vez mais os investimentos em programas de *compliance* deixam de ser vistos como mero dispêndio de recursos, tornando-se elemento essencial para o regular exercício da empresa por parte das organizações empresárias.

Por outro lado, não teve o legislador qualquer intenção de beneficiar a organização empresária que adotar programa de integridade meramente formal, de modo que o Decreto nº 8.420/2015 estabelece critérios e parâmetros para avaliar se determinado programa de *compliance* anticorrupção pode ser considerado sério e efetivo, atendendo cumprindo o papel dele esperado.

Diante dessa exigência, o presente artigo analisou os principais mecanismos exigidos, nacional e internacionalmente, para que um programa de integridade anticorrupção atenda aos preceitos da Lei Anticorrupção brasileira. Nesse contexto, foram identificados e analisados os seguintes mecanismos que necessariamente devem integrar a estruturação e o conteúdo do programa de integridade anticorrupção implementado:

- (i) análise de perfil e riscos: a estruturação de programa de integridade deve ser precedida de análise do perfil e estrutura da organização empresária no âmbito da qual tal programa será implementado, bem como dos riscos de prática de atos de corrupção inerentes ou decorrentes das atividades nela exercidas;
- (ii) engajamento da administração e criação da função de *compliance*: a administração e os demais membros do alto escalão da organização empresária devem estar comprometidos e demonstrar engajamento com o programa (a ser) implementado, enquanto que a função de desenvolvimento, monitoramento e aprimoramento do programa de integridade deve ser atribuída a área específica, de-

dicada exclusiva ou semi-exclusivamente à tal função e dotada de competência, status, autoridade e independência;

- (iii) elaboração da política de integridade: o programa de integridade anticorrupção deve ser consubstanciado em política que abranja os princípios éticos adotados pela organização empresária e os procedimentos para mitigar os riscos de prática de atos de corrupção;
- (iv) treinamento e comunicação contínuos: faz-se imprescindível a implementação de plano de capacitação dirigido a todos os colaboradores da organização empresária, independentemente do nível hierárquico que ocupem, permitindo a contínua transmissão de conteúdo relacionado ao programa de integridade implementado;
- (v) canal de denúncias (“*whistleblowing*”): entende-se crucial a disponibilização de canais de denúncia por meio dos quais pessoas, pertencentes ou não aos quadros da organização empresária, possam levar ao conhecimento da função de *compliance* a suspeita de prática de atos de corrupção ou violadores da política de integridade anticorrupção, devendo ser assegurada proteção ao denunciante de boa-fé;
- (vi) avaliação periódica: o programa de integridade elaborado deve ser objeto de monitoramento contínuo e avaliações periódicas, especialmente em razão da possibilidade de modificações na estrutura da organização empresária, alterações nas atividades por ela exercidas, mudanças na legislação aplicável e correção de equívocos na avaliação inicial de perfis e riscos;
- (vii) política de presentes: caso a organização empresária opte por não vedar totalmente o oferecimento de presentes, brindes e hospitalidades a terceiros, o programa de inte-

gridade deve estabelecer parâmetros e limites para sua realização; e

- (viii) medidas disciplinares: em caso de suspeita prática de ato lesivo à administração pública ou da política de integridade anticorrupção, deve ser realizado processo interno para apuração de eventuais irregularidades que, caso confirmadas, devem ensejar a aplicação de medidas disciplinares compatíveis com a violação.

Por óbvio, não se exige que toda e qualquer organização empresária tenha que observar e aplicar detidamente cada um dos mencionados mecanismos para estar em conformidade com a Lei nº 12.846/2013. Com efeito, a abrangência e complexidade de cada programa de *compliance* anticorrupção dependerá necessariamente da estrutura da organização empresária na qual está sendo implementado, bem como dos riscos da atividades da entidade com relação à prática de atos lesivos à administração pública.

A IRRELEVÂNCIA DAS ALEGAÇÕES DE “QUEBRA DE *AFFECTIO SOCIETATIS*” E “LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO” NA FUNDAMENTAÇÃO DAS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE OBJETIVANDO RETIRADA DE SÓCIO¹

THE IRRELEVANCE OF THE ALLEGATIONS OF “END OF *AFFECTIO SOCIETATIS*” AND “FREEDOM OF ASSOCIATION” AS MOTIVES FOR PARTIAL DISSOLUTION LAWSUITS WITH THE PURPOSE OF GRANTING THE RIGHT TO WITHDRAW FROM A COMPANY

Pedro Wehrs do Vale Fernandes

Resumo: O presente artigo ressalta o caráter excepcional do direito de retirada dos sócios e demonstra que as alegações sobre “quebra de *affectio societatis*” e de “liberdade de associação” não são juridicamente válidas para permitir o exercício desse direito. Para esse fim, (i) é exposta a evolução da concepção de *dissolução parcial* e sua positivação no Código de Processo Civil como modalidade de ação judicial cujo objeto compreende a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do exercício do direito de retirada, em seguida, (ii) retrata-se o caráter excepcional do direito de retirada, tanto em função da natureza jurídica do contrato de sociedade, quanto em razão de ser modalidade de rescisão unilateral de contrato, e demonstram-se (iii) a irrelevância da alegação de quebra de *affectio*

¹ Artigo recebido em 31.07.2018 e aceito em 05.11.2018.

societatis na justificação da retirada de sócio e (iv) a inaplicabilidade do art. 5º, XX, da Constituição à hipótese.

Palavras-chave: Dissolução parcial. Direito de retirada. *Affectio societatis*. Liberdade de associação. Preservação da empresa.

Abstract: This paper stresses the exceptionality of the right partner or shareholder to withdraw from a company and demonstrates that arguments regarding the “end of *affectio societatis*” and “the freedom of association” are not lawfully valid to allow the exercise of such right. Therefore, firstly, the paper describes the evolution of the conception of *parcial dissolution* of a company and its treatment by the Civil Procedure Code as a modality of lawsuit whose object comprises the hypothesis of termination of the company with relation to one of its partners due to the exercise of the right to withdraw. Then, it shows the exceptional nature of the right to withdraw, taking into consideration the nature of the company agreement and the fact that the exercise of such right occurs by a unilateral and voluntary act. Finally, the paper demonstrates that arguments related to the “end of *affectio societatis*” and “the freedom of association” are irrelevant to allow the exercise of withdrawal right in the absence of any specific rule, related to a particular type of company.

Keywords: Partial dissolution. Right to withdraw from a company. *Affectio societatis*. Freedom of association. Protection of the business.

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução da concepção de dissolução parcial e sua positivação no Código de Processo Civil como modalidade de ação judicial cujo objeto compreende a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do exercício do direito de retirada. 3. O caráter excepcional do direito de retirada. 4. A irrelevância da alegação de quebra de *affectio societatis* para a resolução da sociedade em relação a um sócio. 5. A ade-

quada fundamentação constitucional do direito de retirada e a irrelevância da alegação de “liberdade de associação” para a resolução da sociedade em relação a um sócio. 6. Conclusão.

1. Introdução.

Quando certas pessoas celebram contrato de sociedade e dá-se início a empreendimento econômico, os interesses envolvidos extrapolam as pessoas dos sócios, atingindo fornecedores, credores, consumidores, empregados, prestadores de serviço e, mesmo, a coletividade em geral, que se beneficia ou é atingida por externalidades positivas ou negativas produzidas pela atuação da sociedade (*v.g.* tributos pagos pela pessoa jurídica, danos ambientais).² Não por outra razão, Celso Barbi Filho afirmou que “tal como a família é a célula original da comunidade humana, a empresa é a da economia”.³

A atividade econômica que decorre da celebração do contrato de sociedade desempenha funções essenciais na produção e na circulação de bens e serviços, na repartição da renda e na formação de poupança e investimento.⁴

2 Nesse sentido, Fabio Konder Comparato: “Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados; não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua” (COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 732, pp. 38-46, out. 1996, p. 44).

3 BARBI FILHO, Celso. *Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 53. A acepção do vocábulo “empresa”, na expressão de Celso Barbi Filho, pode, sem qualquer prejuízo à constatação do autor, ser expandida para compreender atividades econômicas desenvolvidas por sociedades simples, pois, ainda que tecnicamente não sejam realizadas por empresário ou sociedade empresária, possuem utilidade econômica similar.

4 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 282-283.

Ao produzir bens e/ou prestar serviços, a sociedade promove e estimula sua circulação. Os recursos financeiros recebidos com a venda de bens e/ou prestação de serviços são (i) transferidos a outros produtores, quando da compra de insumos pela sociedade e (ii) utilizados para pagamento de remunerações diversas (salários, juros, aluguéis etc.) aos fornecedores de fatores de produção, bem como de tributos ao Estado.

O saldo remanescente dessas operações (lucro) é reinvestido na atividade da sociedade ou recebido pelos seus sócios como remuneração pelo uso dos fatores de produção de sua propriedade, pela iniciativa tomada ao decidir pelo empreendimento e/ou pelos riscos assumidos ao aplicar seus recursos pessoais na atividade. Assim, lucro – distribuído ou reinvestido – é reinserido na economia sendo objeto de consumo, poupança ou investimento (neste último caso, tanto na expansão da capacidade de produção, quanto no desenvolvimento de novas atividades econômicas).

Forma-se, desse modo, em decorrência do exercício da atividade econômica pela sociedade, um verdadeiro círculo virtuoso de crescimento econômico, em benefício não somente dos sócios, a quem compete parcela dos lucros da sociedade, como também de todos que com ela se relacionam e, mesmo, da coletividade, pois, por mais reservada que possa ser uma sociedade em sua atuação, ao menos do pagamento de tributos – que se revertem em benefício coletivo – ela não estará livre.

O direito de retirada se insere, portanto, em sistema jurídico que busca fomentar e preservar o desenvolvimento de atividade econômica, objetivando resguardar não somente os interesses dos sócios, como também os de quem direta ou indiretamente se relaciona com a sociedade.

Ainda que as regras mais triviais de hermenêutica apontem para a necessidade de aplicar as normas tendo em vista o sistema

jurídico em que estão inseridas e a realidade que pretendem regular,⁵ nem sempre o Judiciário tem colocado essas lições em prática ao julgar ações de dissolução parcial de sociedade, cujo objeto é a retirada de um dos sócios.

Não é, aliás, incomum que sejam proferidas decisões nas quais, assistematicamente, se reconhece direito praticamente ilimitado ao exercício da retirada do sócio – como se fosse um direito fundamental do cidadão, verdadeira cláusula pétrea – em total contrariedade com o sistema jurídico vigente, que – pelo contrário – privilegia a preservação da empresa, estimula o desenvolvimento da atividade econômica e busca proteger não só os demais sócios, mas a coletividade envolvida, que depende direta ou indiretamente daquela organização produtiva, sobre o direito individual e egoístico do sócio que pretende se retirar.

Dois argumentos que costumam ser utilizados em decisões judiciais para buscar justificar a retirada de sócio, mesmo quando não há norma legal específica que o autorize, são (i) a aplicação do princípio da liberdade de associação, previsto no art. 5º, XX, da Constituição, e (ii) a quebra da *affectio societatis*.

O presente artigo possui o objetivo de demonstrar que os fundamentos acima não são suficientes para autorizar o exercício do direito de retirada por sócio. Para tanto, a seguir, será contextualizado o direito de retirada como possível objeto de ação de dissolução de sociedade, retratado seu caráter excepcional, tanto em função da natureza jurídica do contrato de sociedade, quanto em razão de se tratar de resilição unilateral de contrato, e demonstrada a irrelevância da alegação de quebra de *affectio societatis* na justificação da retirada de sócio, bem como a inaplicabilidade do art. 5º, XX, da Constituição à hipótese.

5 Como assevera José de Oliveira Ascensão, “toda a fonte se integra numa ordem”, de modo que “a interpretação duma fonte não se faz isoladamente”, mas “resulta pelo contrário da inserção desse texto num conjunto jurídico dado” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral; uma perspectiva luso-brasileira*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 391).

2. A evolução da concepção de *dissolução parcial* e sua posição no Código de Processo Civil como modalidade de ação judicial cujo objeto compreende a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do exercício do direito de retirada.

O art. 335, 5, do Código Comercial de 1850, com carregada natureza individualista, permitia a qualquer sócio, independentemente de seu percentual de participação no capital social, promover a dissolução de sociedade celebrada por prazo indeterminado:

Art. 335 – As sociedades reputam-se dissolvidas:
[...]

5 – Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Com o passar dos anos, contudo, o reconhecimento da importância da atividade econômica empreendida pelas sociedades na economia capitalista e da evidente função socioeconômica por elas desempenhada levaram ao abrandamento dessa regra.

Assim, ainda que a literalidade do dispositivo legal conduzisse à interpretação de que qualquer sócio, por menor que fosse sua participação no capital social, poderia requerer a dissolução da sociedade, Trajano de Miranda Valverde, já na primeira metade do século XX, defendia ser possível, nessa hipótese, a continuidade da sociedade com os demais sócios:

Essa evolução do direito comercial brasileiro reflete a necessidade de proteger a sociedade, a continuidade da empresa, contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional. A sentença que li, por cópia, constitui um retrocesso, um anacronismo imper-

doável. Se, como resulta dos termos dela, o seu douto prolator estava em dúvida sobre o sentido e o alcance das cláusulas contratuais e foi, então, para o seu julgamento, o exame da solução mais conveniente para o caso – a dissolução da sociedade ou a simples apuração dos haveres dos dois sócios, que querem dela retirar-se, forçoso é reconhecer que, opinando pela primeira solução, não mediu as consequências desastrosas, que inevitavelmente trará a liquidação da empresa, tanto para os sócios, como para todos aqueles que trabalham nela.⁶

Havia, no entanto, bastante controvérsia sobre o tema. Waldemar Ferreira entendia que a norma do art. 335, 5, do Código Comercial seria de ordem pública, não podendo ser derogada por disposição contratual e que, como a ninguém é permitido alegar desconhecimento da lei, todos os sócios que decidiam constituir sociedade de pessoas estariam cientes de que qualquer dos sócios poderia, a qualquer tempo, pleitear a dissolução da sociedade constituída por prazo indeterminado.⁷

A partir da segunda metade do século passado, os tribunais passaram, aos poucos, a autorizar a continuação da sociedade com os demais sócios, se houvesse cláusula contratual que o permitisse.⁸ Posteriormente, independentemente da existência de cláusula contratual, passou-se a admitir a retirada de sócio, como alternativa à dissolução total de sociedade, naquilo que a jurisprudência passou a de-

6 VALVERDE, Trajano de Miranda. Parecer: Sociedade Comercial – Dissolução e liquidação – Cláusula contratual que regula a forma para evita-las, se a maioria dos sócios desejar prosseguir em sociedade – critério de apuração dos direitos dos sócios de acordo com o último balanço – desprezo ao pretendido por sócios em minoria, pleiteando a dissolução e liquidação judiciais. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 165, pp. 3-11, jan. 1947, p. 9.

7 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 251.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 59.101/MG. Primeira Turma. Relator Min. Evandro Lins e Silva. Data de Julgamento: 19 out. 1965.

nominar, de forma entendida por muitos como atécnica e imprópria,⁹ de dissolução parcial de sociedade.¹⁰

O direito de retirar-se, a qualquer tempo, de sociedade constituída por prazo indeterminado, com fulcro no disposto no art. 335, 5, do Código Comercial, acabou, então, por se consolidar na jurisprudência, como verdadeiro direito potestativo titularizado por qualquer sócio de sociedade *cum intuitu personae*.

Tamanha foi a difusão da aplicação da dissolução parcial pelos tribunais que autores, como Priscila Corrêa da Fonseca, chegaram a declarar que o art. 15 do Decreto nº 3.708/1919 – que regulamentava o direito de retirada nas sociedades limitadas anteriormente ao advento do Código Civil de 2002 – seria considerado “letra morta”:

[...] Ora, se há possibilidade de, por falta de *affectio societatis*, retirar-se o sócio, recebendo seus haveres a preço de mercado, por que ele vai requerer sua retirada com base no artigo 15, se ele pode receber muito mais se valendo da dissolução parcial, tal qual concebida pelos tribunais? Eu entendo, por esta razão [...] que hoje em dia essa disposição é letra morta. [...].¹¹

Desde então, tal direito tem sido reconhecido sem aparentes questionamentos¹² e sem que sejam ponderados eventuais “propósi-

9 Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Allan Nascimento Turano esclarecem que “a expressão *dissolução parcial* é inadequada. [...] [A] expressão *resolução da sociedade em relação ao sócio* [é] tecnicamente mais apropriada. Isso porque a desvinculação do sócio face à sociedade se opera por meio de resolução do contrato, que se distingue da dissolução” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. *Resolução da Sociedade Limitada em Relação a um Sócio e Ação de Dissolução Parcial*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 18).

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 89.464/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Décio Miranda. Data de Julgamento: 12 dez. 1978; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 24.554/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 6 out. 1992; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 61.278/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Data de Julgamento: 25 nov. 1997.

11 FONSECA, Priscila Corrêa da. Dissolução Parcial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 57, p. 69-77, jan. 2000, p. 71.

12 A revogação do art. 335, 5, do Código Comercial pelo Código Civil de 2002 não alterou o

tos exclusivamente egoísticos ou especulativos”¹³ que possam estar por trás do ato do sócio retirante.

A controvertida expressão “dissolução parcial de sociedade”, que como visto encontrava apoio na jurisprudência, em parte da doutrina nacional, e mesmo em doutrina estrangeira,¹⁴ veio a ser positivada pelo atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), ao contemplar a “ação de dissolução parcial de sociedade”, nos arts. 599 a 609.

O diploma processual incluiu, na chamada ação de dissolução parcial de sociedade, não somente demandas que versassem sobre o direito de retirada, mas as outras modalidades de resolução da sociedade com relação a um sócio, isto é, a morte e a exclusão de sócio. E mais, atribuiu esta mesma denominação a procedimento judicial destinado à mera apuração de haveres do sócio com relação a quem se resolveu o contrato de sociedade.

Assim, com base na terminologia adotada pela lei processual, a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do direito de retirada pode ser objeto de ação de dissolução parcial de sociedade.

3. O caráter excepcional do direito de retirada.

Os sócios, em termos gerais, ao acordarem a celebração do contrato de sociedade, aceitam assumir todos os direitos, deveres e

entendimento jurisprudencial, ainda que as normas que regulam a matéria não sejam as mesmas: (i) a dissolução, de acordo com o art. 1.033, III, do Código Civil, depende de deliberação da maioria absoluta dos sócios, e não mais da vontade de qualquer sócio, como previsto na legislação revogada; e (ii) o art. 1.029, que trata do direito de retirada nas sociedades simples e permite a retirada imotivada de sócio em sociedade por prazo indeterminado não se aplica às sociedades limitadas, que possuem regra específica sobre retirada (art. 1.077).

13 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 142.

14 Nesse sentido, João Espírito Santo aduz: “entre a dissolução total, provocada por um dos sócios, contra a vontade dos restantes [...] e a dissolução parcial, os legisladores escolheram esta última via [...]” (SANTO, João Espírito. *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 47).

obrigações inerentes à posição de sócio. Ou melhor, pode-se dizer que, por aceitarem assumir tais direitos, deveres e obrigações, celebram o contrato de sociedade.

Assim, quando determinado sócio decide participar de uma sociedade de certo tipo, ele o faz por estar de acordo com aquelas características específicas. O direito de retirada atua como um desses direitos que integram o sistema jurídico da sociedade e que são considerados pelo sócio – que se preocupa com as probabilidades e os mecanismos de desfazimento da relação jurídica que pretende iniciar – ao tomar a decisão de constituir sociedade.

Do mesmo modo, é do conhecimento da coletividade de sócios e dos terceiros que pretendem se relacionar com sociedade de determinado tipo – e assumir os riscos daí decorrentes – que somente naquelas hipóteses excepcionais, definidas em lei, um dos sócios poderá resilir o contrato e causar eventuais perdas financeiras à sociedade, em razão do pagamento de seus haveres.

José Luiz Bulhões Pedreira destaca que o caráter de exceção do direito de retirada se justifica porque o reembolso “põe em risco a continuidade e viabilidade do funcionamento da empresa, cuja preservação é – por motivos de interesse geral, econômico e social – um dos principais objetivos da lei”, de modo que “por ser capaz de prejudicar o interesse geral há de ser interpretado de modo estrito”.¹⁵⁻¹⁶

Pode-se, portanto, afirmar, que o direito de retirada do sócio possui uma dupla função: se, por um lado, (i) permite ao sócio resilir

15 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*: Parte III, Pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. II, p. 340.

16 José Alexandre Tavares Guerreiro também destaca o caráter de exceção do direito de retirada: “Não será supérfluo enfatizar que o recesso é exceção às normas ordinárias que disciplinam as relações entre acionistas e sociedades anônimas, e como exceção deve ser entendido e interpretado.” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de Retirada: um Limite ao Princípio Majoritário na Sociedade Anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 151/152, p. 13-21, 2009, p. 19).

o contrato de sociedade em determinadas situações; por outro, (ii) garante à sociedade, aos sócios e aos demais interessados em sua atividade econômica que, fora das situações taxativamente previstas em lei, um sócio não poderá resilir unilateralmente o contrato e causar o prejuízo financeiro à sociedade – não relacionado ao curso normal dos negócios sociais – que decorre do pagamento do valor de suas quotas ou ações.

É, portanto, fundamental à análise do direito de retirada, ter-se em mente que se trata de direitos atribuídos à posição jurídica de sócio – da qual decorrem, além de outro direitos, deveres e obrigações para com os demais sócios, com a própria sociedade e com terceiros – e que deve ser aplicado tendo em vista a principal motivação de todos os sócios ao constituírem a sociedade, que é o de colaborar para o desenvolvimento de uma atividade econômica, com vistas à obtenção de lucro e posterior partilha entre si.¹⁷

Embora referido como “fenômeno único”,¹⁸ o direito de retirada não é regulado de modo uniforme pela legislação, variando entre

17 Nesse sentido, em parecer sobre direito de retirada nas sociedades anônimas, mas que se aplica sem reparos às presentes constatações, José Luiz Bulhões Pedreira destaca que: “O fim mais importante do modelo legal da companhia é a preservação e expansão da empresa – instituição econômica fundamental da sociedade moderna, de que dependem a economia nacional, a comunidade em que está situada, seus empregados, fornecedores, credores e acionistas. Os interesses de todos os acionistas – controladores e não controladores – precisam ser protegidos a fim de que os empresários e investidores sejam estimulados a criarem e expandirem empresas, mas os instrumentos dessa proteção não de ter por limite o objetivo maior da preservação e expansão da empresa. Por isso, se a conjuntura transforma um dos direitos dos acionistas em fator de estagnação ou destruição da empresa, esse direito deve ser modificado ou eliminado.” (LAMY FILHO; PEDREIRA, op. cit., p. 375-376).

18 A diferenciação do tratamento do direito de retirada em razão das características de cada tipo societário é comum a diversos ordenamentos jurídicos. Jean-Pierre Gastaud, analisando a legislação francesa, destaca que “*sous l'apparence d'un phénomène unique – la possibilité donnée aux membres d'un groupement de s'en exclure – est multiple et diversifiée*” (GASTAUD, Jean-Pierre. *Personnalité Morale et Droit Subjectif*: Essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnalisés. Paris : L.G.D.J., 1977, p. 219).

tipos societários ou mesmo dentro de um mesmo tipo societário, a depender das características particulares da sociedade.

São levados em consideração, alternativa ou conjuntamente, para a previsão do direito de retirada em determinado tipo societário ou para definição de abrangência mais ou menos restrita, fatores como (i) o prazo de duração da sociedade; (ii) a responsabilidade dos sócios perante terceiros por dívidas da sociedade; (iii) a liberdade de cessão das participações societárias (quotas ou ações) entre sócios e a terceiros; e (iv) a possibilidade de se alterar o contrato de sociedade por vontade da maioria.

Inferem-se, assim, do sistema jurídico de cada tipo societário, normas que restringem ou ampliam o direito de retirada dos sócios, tendo em vista todos os outros direitos e obrigações que compõem a posição jurídica de sócio, bem como a proteção dos terceiros que se relacionam com a sociedade dotada de personalidade jurídica.

A título de exemplo, tem-se que, no caso de sociedades com, cumulativamente, sócios de responsabilidade ilimitada, prazo indeterminado de duração e em que há fortes limitações legais ou contratuais à cessão de suas participações societárias, seria possível supor que os sócios, de um modo geral, concordem com direito mais amplo de retirada. Nesta mesma hipótese, mesmo os credores da sociedade tenderiam a aceitar menores restrições ao exercício desse direito, tendo em vista que poderiam cobrar eventuais dívidas diretamente dos sócios, sendo a eles menos relevante a transferência patrimonial que decorreria do pagamento, pela sociedade, dos haveres do sócio retirante.

Já no caso de sociedades cujos sócios possuem responsabilidade limitada e relativa liberdade legal ou contratual para cessão de participações societárias, é natural que exista maior restrição à possibilidade do exercício da retirada, seja em razão da limitação da responsabilidade – que impede (salvo exceções) que os sócios respondam por dívidas sociais – seja porque não há total vedação à cessão de suas participações societárias a terceiros, permitindo ao sócio dei-

zar a sociedade sem que tenha de se desfazer de ativos necessários à sua atividade. Nessa situação, como a principal motivação dos sócios ao celebrar o contrato é a obtenção de lucros, e considerando que o risco de qualquer sócio é limitado à perda dos recursos aportados à sociedade, feriria a natureza do contrato e o interesse social o reembolso a sócio de participações sociais fora de situações excepcionais relacionadas à mudança das bases do negócio.

Do ponto de vista dos credores, estes admitem contratar com sociedade cuja responsabilidade dos sócios é limitada, por levarem em conta não somente os bens e direitos que integram o patrimônio da sociedade, como também o regime jurídico que preza pela intangibilidade do capital social, (i) impedindo a entrega de bens da sociedade aos sócios em prejuízo ao capital social¹⁹ e (ii) determinando sua manifestação (em caso de crédito quirografário) nas hipóteses de redução de capital com entrega de recursos aos sócios.²⁰ Desse modo, o regime jurídico das sociedades cujos sócios possuem responsabilidade limitada somente confere a segurança esperada nas relações com os credores se o direito de retirada for interpretado de forma restritiva.

Para além disso, não se pode olvidar que o direito de retirada é potestativo, de natureza receptícia²¹⁻²².

19 Cf. art. 1.059, do Código Civil.

20 Cf. art. 1.084, do Código Civil.

21 Nesse sentido, aduz Thierry Delahaye: *“Parce que la résiliation unilatérale porte atteinte aux droits du contractant dont elle affecte profondément la situation juridique, elle se classe parmi les actes réceptives, c’est-à-dire, les actes unilatéraux qui doivent être portés à la connaissance d’une autre personne. Il en résulte naturellement que la notification de leurs effets se présente comme un élément constitutif de leur existence”* (DELAHAYE, Thierry. *Résiliation et Résolution Unilatérales en Droit Commercial Belge*: éléments d’appréciation. Bruxelles: Bruylant, 1984, p. 18).

22 Nessa linha, veja-se: “A resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado produz seu efeito liberatório por força da própria declaração de vontade da parte. Mas essa declaração de vontade, que consubstancia a denúncia do contrato é uma declaração receptícia de vontade, isto é, para valer deve ser dirigida à outra parte [...]” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Direito*

Desse modo, também por ser modalidade de rescisão unilateral de contrato, o direito de retirada possui natureza excepcional, sendo permitido seu exercício somente nos casos em que a lei ou o contrato social (quando a lei o autoriza) o previrem. Raúl Ventura destaca que o caráter de excepcionalidade é reconhecido nos ordenamentos jurídicos italiano e portugueses:

O art. 240º, nº 1, começa por dispor que um sócio pode exonerar-se [isto é, retirar-se] nos casos previstos na lei e no contrato (de sociedade). Tal como em Itália é opinião generalizada perante o art. 2228º Cod. Civile, o referido preceito deve ser contido nos precisos limites da sua letra, não podendo ser invocado direito de exoneração que não se enquadre em caso previsto na lei ou no contrato. O motivo é a excepcionalidade do termo voluntário de uma vinculação contratada.²³⁻²⁴

É de se concluir, portanto, que a natureza jurídica do contrato de sociedade, as consequências patrimoniais do direito de retirada e sua característica de direito potestativo de rescindir contrato unilateralmente demandam que seu exercício seja permitido apenas em situações excepcionais que se adequem às hipóteses taxativamente previstas na legislação societária, notadamente nos arts. 1.029 e 1.114 do Código Civil, aplicáveis às sociedades simples; arts. 1.077 e 1.114, do Código Civil, que regulam a retirada nas sociedades limitadas; e arts. 136-A, 137, 221, 230, 236, par. único, 252, §§ 1º e 2º, 256, §2º, 264, §3º, e 270, par. único da Lei nº 6.404/1976, e art. 599, §2º, do Código de Processo Civil, aplicáveis às sociedades por ações.

Comercial: Textos e Pretextos. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 83) e permite ao sócio, nos casos e na forma prevista em lei, rescindir voluntária e unilateralmente seu vínculo contratual com a sociedade.

23 VENTURA, Raúl. *Comentários ao Código das Sociedades Comerciais*. Sociedades por Quotas. Coimbra: Almedina, 1989, v. II, p. 15.

24 Confira-se: “*Dans les droits des obligations, la résiliation unilatérale constitue un mode anormal de dissolution des contrats. Elle n'existe en principe que quand la loi l'autorise.*” (DELAHAYE, op. cit., p. 17)

4. A irrelevância da alegação de quebra de *affectio societatis* para a resolução da sociedade em relação a um sócio.

O contrato de sociedade é plurilateral, além de oneroso e simplesmente consensual.²⁵ Por ser modalidade de negócio jurídico, sujeita-se aos requisitos de validade previstos no art. 104, do Código Civil.²⁶ Assim, o simples consenso, não viciado, entre partes capazes (ou devidamente assistidas ou representadas, se relativamente ou absolutamente incapazes), com vistas a celebrar contrato de sociedade com objeto lícito e possível, é suficiente o nascimento de obrigações, deveres e direitos relativos à posição jurídica de sócio.

Em determinadas situações, as dificuldades para se diferenciar o contrato de sociedade de outros institutos jurídicos, como o da comunhão, ou mesmo de outros contratos (*v.g.*, mandato, comissão, prestação de serviços, mútuo), levaram à busca de elementos que caracterizassem de forma específica a sociedade.

Uma das possíveis soluções para sanar essa dificuldade foi encontrada no Direito Romano, mais precisamente nos dizeres de Ulpiano, localizados no Livro XVII do *Digesto* de Justiniano, que asseverou “bem se pode ter comunhão onde não se pretendeu contrair sociedade” (*cum non affectione societatis incidimus in communione*) e “quando o ato se pratica com ânimo societário, tem cabida a ação emergente da sociedade” (*si animo contrahendae societatis in actum sit, pro socio esse actionem*).²⁷⁻²⁸ Essas passagens revelariam

25 GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 393.

26 Não há impedimento a que incapaz celebre contrato de sociedade, desde que sejam atendidos os requisitos do art. 974, §3º, do Código Civil: “Art. 974. [...] § 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos: I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; II – o capital social deve ser totalmente integralizado; III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais”.

27 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 32-33.

28 TCHOTOURIAN, Ivan. *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*. Paris: L.G.D.J., 2011, p. 2.

que, mais do que o simples consentimento – essencial a todo e qualquer contrato – a caracterização do contrato de sociedade dependeria da efetiva vontade de os contraentes colaborarem com o objetivo comum, para que os resultados almejados fossem obtidos e partilhados. Esse ânimo foi denominado *affectio societatis*.

O conceito se desenvolveu na França, vindo, posteriormente, a ser importado por outros ordenamentos jurídicos, dentre os quais o brasileiro, muito embora não haja qualquer referência legislativa, aqui ou alhures, a dita expressão.

Edmond-Eugène Thaller, em obra publicada nos primeiros anos do século XX, definia *affectio societatis* como “*l’estime mutuelle des membres, qui se considèrent comme des égaux*”.²⁹ Maurice Cozian e Alain Viandier asseveram que a *affectio societatis* “*est plus un sentiment qu’un concept juridique*”,³⁰ observando que sua intensidade varia de acordo com as características da sociedade, sendo mais viva nas sociedades ditas *de pessoas*, e exprimindo “*la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d’égalité, au succès de l’entreprise commune*”.³¹ Noção similar é defendida por Isaac Halperin, que entende ser “*la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada*”.³² Orlando Gomes a caracteriza como “vontade de coopera-

29 THALLER, Edmond-Eugène. *Traité Élémentaire de Droit Commercial, à l’exclusion du Droit Maritime*. 3. ed. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904, p. 149.

30 Tradução livre: “É mais um sentimento que um conceito jurídico”.

31 COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*. 10. ed. Paris: Litec, 1997, p. 75.

32 HALPERIN, Isaac. *Curso de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, v. I, p. 243. Em seguida, o professor argentino esmiúça o conceito proposto: “*a) colaboración activa, concretada no sólo en los aportes de cada uno de los socios, sino también por su actuación en la administración y gobierno de los intereses sociales; con este rasgo, se diferencia de la indivisión o condominio, del préstamo con participación en las utilidades, de los contratos de edición, de compraventa y de locación. Esta colaboración exige la conducta leal del socio, traducida no sólo en el respeto del interés social (deber de abstenerse de decidir u obrar contra ese interés), sino también el de sacrificar el interés propio o ajeno, cuando esa abstención no se cumpla [...] b) jurídicamente igualitaria, esto es, los socios deben hallarse en su actuación en un mismo plano jurídico, sin subordinación de los unos a los otros, cualquiera que sea la medida del interés de cada uno, en el capital o en el haber social; con él, se distingue de todas*

ção, de realização, em comum, de um fim preestabelecido, indispensável a que a sociedade tenha existência real”.³³

José Xavier Carvalho de Mendonça tratou a *affectio societatis* como uma vontade de cooperação ativa dos sócios, que constituiria uma especialização do consentimento inerente a todo e qualquer contrato:

O elemento intencional, o consentimento dos contratantes sobre certo objeto é condição da existência de todos os contratos. Certo é que se o especializa aqui, exigindo que os contratantes manifestem claramente a intenção de formar a sociedade. Melhor e mais exato será dizer que os sócios devem manifestar a vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade. [...].³⁴⁻³⁵

A análise da doutrina clássica nacional sobre a *affectio societatis* revela que os autores entendem-na como instrumento eficiente na distinção entre a sociedade e outros institutos jurídicos, ainda que

las relaciones jurídicas en que media subordinación, tal como la locación de servicios con habilitación; c) interesada, que resulta del fin, que es obtener beneficios a distribuir (ya sea por utilidades o ganancia, o por economía de gastos), esto es, un propósito de especulación en sentido amplio, el sometimiento al alea común de los negocios sociales. Con esto, se diferencia de la mera asociación” (HALPERIN, op. cit., p. 245).

33 Idem, p. 393.

34 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 22-23.

35 Esse entendimento parece ser similar ao de Georges Ripert e René Roblot, que não veem a *affectio societatis* como uma característica particular do consentimento, mas como um consentimento que declara o *conhecimento da natureza* do contrato de sociedade: “*À la vérité, il n’y a pas là un caractère particulier du consentement. Tout se ramène à dire, comme le disait d’ailleurs le droit romain impérial, qu’il faut l’animus contrabendae societatis. On pourrait en dire autant pour tous les contrats: le consentement doit être donné en connaissance de la nature du contrat conclu*” (RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de Droits des Affaires*. Les Sociétés Commerciales. Atualizado por GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. Paris: L.G.D.J., 2011, t. II, p. 26).

existam divergências sobre sua conceituação (ou mesmo sobre sua existência). Assim, Rubens Requião sustenta que “é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida”.³⁶ Do mesmo modo, Waldemar Ferreira destaca a necessidade de investigar o ânimo (*affectio*) dos contraentes para se definir a exata natureza no negócio jurídico contratado:

Casos existem, assim na prática do comércio, como na do pretório, em que insta entrar no exame do ânimo dos contraentes a fim de dizer da natureza da relação jurídica entre eles engajada. Demasia não haverá em que, na apreciação de contrato de locação de serviços, propenda um dos contraentes pela existência de contrato de sociedade. Ou mesmo que o coobrigado em títulos cambiários aceitos ou emitidos por sociedade se inculque sócio, por ser ela sociedade de fato. Hipóteses são essas de não difícil ocorrência e que ensejam a verificação do ânimo de contrair sociedade mercantil para a existência desta.³⁷

Em tese na qual buscou uma “definição de *affectio societatis* no momento da constituição de uma sociedade”, Ivan Tchotourian destaca a importância da ideia de *affectio societatis* para identificar sociedades não personificadas, como as sociedades em comum e em conta de participação:

Au regard de la “société en participation”, l’affectio societatis est un criterium de qualification qui est, dans maintes affaires, combiné avec d’autres. Le composant de l’affectio societatis qui ressort de la construction juridique est le rôle de chacune des parties. Par conséquent, le domaine de la société en participation laisse une place à l’affectio societatis des associés qui recouvre deux visages: une

36 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 289.

37 *Ibidem*, p. 34-35.

collaboration active à la gestion des affaires sociales et une acceptation des aléas de l'entreprise. Au regard de la "société créée de fait", l'affectio societatis est également un des éléments servant à la qualification d'une telle structure sociale. Après s'être montrée relativement souple en la matière, la Cour de cassation impose dorénavant aux juges du fond de vérifier que les partenaires ont conclu un contrat de société. L'affectio societatis est définie comme l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à l'entreprise commune. La participation à la poursuite d'un objectif commun atteste de la présence de l'affectio societatis. [...] Au regard de la "société en formation", l'affectio societatis présente la particularité d'être à la fois un "critère de qualification externe" et un "critère de qualification interne". En tant que "critère de qualification externe", l'affectio societatis est prise en compte avec les autres éléments du contrat de société pour déterminer le point de départ de la société en formation et pour tracer la frontière entre le contrat de société et les figures juridiques que sont le projet de société ou les pourparlers. En tant que "critère de qualification interne", l'affectio societatis est un instrument juridique efficace dans la démarcation entre société en formation e société en participation [...] L'intention de renoncer à l'immatriculation de la société est liée à l'augmentation de l'intensité de l'affectio societatis, augmentation elle-même en lien avec le début d'une activité sociale. [...]".³⁸

A despeito de a *affectio societatis* ter surgido como elemento que auxiliaria na identificação do contrato de sociedade e na sua distinção de outros contratos e institutos jurídicos, doutrina e jurisprudência, com o passar dos anos, ampliaram a importância desse conceito, pontuando que compreenderia não somente o ânimo de se as-

38 TCHOTOURIAN, Ivan. *Vers une Définition de L'Affectio Societatis Lors de la Constitution d'une Société*. Paris: L.G.D.J., 2011, p. 481-482. O autor, ainda que entenda ser a *affectio societatis* "une notion à contenu variable ou à contenu pluriel" (idem, p. 609), acaba por defini-la como "la volonté d'intégrer un groupement, doté ou non de la personnalité juridique, et dans lequel chacun collaborera activement avec les autres membres ou organes à la marche de l'affaire, à la réalisation d'un objectif économique nouveau et commun, en même temps que chacun contribuera aux risques de l'entreprise" (Ibidem, p. 610).

sociar, mas também o de permanecer associado. Passou-se a se admitir a dissolução ou a resolução da sociedade em relação a um ou mais sócios (inclusive em situações envolvendo companhias fechadas), nos casos de simples desaparecimento (ou, como se costuma referir, a quebra) da *affectio societatis*, independentemente da verificação de qualquer situação prevista em lei.³⁹

Haissa Vivi Zangali e Paula Thieme Kagueiama realizaram, no ano de 2012, levantamento dos acórdãos proferidos nas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, com vistas a mapear a utilização da *affectio societatis* como fundamento jurídico para autorizar a resolução do contrato de sociedade com relação a um sócio.⁴⁰ Segundo referida pesquisa, dos 77 (setenta e sete) acórdãos que mencionavam *affectio societatis*, em 10 (dez) deles essa noção foi considerada decisiva na solução dos julgados. Em metade desses acórdãos, foi suficiente a simples alegação de quebra de *affectio societatis*, desacompanhada de qualquer outro argumento (como, por exemplo, a ocorrência de justa causa ou de falta grave) para a permissão de retirada do sócio. São dados que preocupam, por revelarem atuação do Poder Judiciário descolada do ordenamento jurídico vigente.

39 Confirmam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça que admitem a dissolução parcial de sociedade, por simples quebra de *affectio societatis*, a despeito da inexistência de qualquer dispositivo legal que o autorize: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 90.995/RS. Terceira Turma. Relator: Min. Cláudio Santos. Data de Julgamento: 5 mar. 1996; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1079763/SP. Segunda Seção. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 25 abr. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1303284/PR. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 13 mai. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.400.264/RS. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 24 out. 2017. Na doutrina, cite-se o posicionamento de Sérgio Campinho: “A *affectio societatis* [...] uma vez desaparecendo, legítima a dissolução parcial da pessoa jurídica [...]” (CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 219).

40 KAGUEIAMA, Paula Thieme; ZANGALI, Haissa Vivi. A Consistência na Utilização da *Affectio Societatis* nos Julgados Referentes à Dissolução Parcial e à Exclusão de Sócio das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial (TJSP). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, p. 207-225, set./dez. 2012.

A necessidade de se utilizar a concepção de *affectio societatis* para caracterizar o contrato de sociedade e, como isso, distingui-lo de outros contratos é deveras questionável, ante a existência de definição legal do instituto (art. 981, do Código Civil),⁴¹ que permite atingir o mesmo resultado. Contudo, eventual divergência seria mais acadêmica do que efetivamente prática, pois o entendimento da *affectio societatis* como vontade de se reunir em grupo a fim de colaborar com a realização de certa atividade econômica e participar de seu resultado, ou, ainda, como qualquer outra variação similar dessa noção, apenas reforçará a compreensão da própria definição de contrato de sociedade positivada na legislação.

O mesmo não se pode dizer, todavia, do entendimento de que a falta de continuidade de *affectio societatis*, após a válida constituição da sociedade, seria requisito hábil a autorizar o desfazimento do liame contratual que vincula os sócios, mesmo à míngua de qualquer previsão legal nesse sentido.

O Código Civil dispõe, em diversos artigos, sobre as hipóteses de dissolução da sociedade (arts. 1.033, 1.034, 1.035, 1.044, 1.051, 1.087) e de resolução da sociedade em relação a um sócio (arts. 1.004, parágrafo único; 1.026, parágrafo único; 1.028; 1.029; 1.030 e parágrafo único; 1.077; 1.085).

Nos arts. 1.029, *caput*, primeira parte, e 1.077, permite-se, respectivamente, ao sócio de sociedade simples, constituída por prazo indeterminado, e de sociedade limitada, em razão de alteração contratual, que se retirem voluntariamente da sociedade. Presume-se

41 Como também definia o art. 1.363, do Código Civil de 1916 (“[c]elebram contrato de sociedade as pessoas, que mutualmente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”). Código Comercial de 1.850, ainda que não trouxesse definição única do contrato de sociedade, esta podia ser extraída das normas gerais e deveres e obrigações dos sócios (arts. 300 a 310 e 329 a 334) e da conceituação de cada um dos tipos societários: em comandita (arts. 311 e seguintes), em nome coletivo (art. 315 e seguintes), de capital e indústria (arts. 317 e seguintes), em conta de participação (arts. 325 e seguintes).

que, nesses casos, se o sócio opta por se retirar é por não mais ter ânimo de permanecer associado. A resolução do contrato de sociedade em relação ao sócio não decorre, todavia, de uma verificação prévia da *psiqué* do sócio, com vistas a revelar falta de *affectio societatis*, mas sim, de situações típicas e objetivamente determináveis, como o prazo de duração, no caso de sociedade simples, ou a alteração contratual, no caso de sociedade limitada.⁴²

Ainda que o Código se valha de conceitos abertos em alguns dos dispositivos que tratam da resolução do contrato de sociedade, como “justa causa” (ar. 1.029, *in fine*; art. 1.085, *in fine*), “falta grave” (art. 1.030), “atos de inegável gravidade” (art. 1.085) e “inexequibilidade do fim social” (art. 1.034, II), a significação de referidas expressões deverá ser realizada por meio de dados objetivos e não de condições psicológicas de um ou outro sócio, sob pena de se atribuir potestatividade exacerbada (i) ao direito de se retirar da sociedade, (ii) ao poder de dela excluir alguém, ou mesmo (iii) de dissolvê-la, o que implicaria o esvaziamento desses comandos legais e a institucionalização do abuso de direito como se conduta lícita fosse.

Em se entendendo pela utilidade da noção de *affectio societatis*, melhor seria que seu uso ficasse restrito à verificação da celebração do contrato de sociedade, sem, contudo, exercer influência sobre sua manutenção.

Permitir que o estado mental de cada sócio autorize a rescisão do contrato de sociedade, independentemente de causa legal que o justifique, além de não ter embasamento legal, contraria a segurança jurídica que deve amparar as relações contratuais e é temerário à economia nacional, que tem nas sociedades um importante veículo para o desenvolvimento das atividades econômicas. Sobre o assunto, são pertinentes as observações de Sophie Schiller:

42 Hipóteses essas que, ainda assim, sujeitam-se a limites, por força de normas como a do art. 187 do Código Civil.

Enfin, d'après l'analyse étymologique de ses termes, il semble que l'expression ne doive être appréciée qu'au moment de la conclusion du contrat. [J. M. de Bermond de Vault] explique que dans l'expression "affectio societatis", le terme important est "affectio" que Cicéron définissait comme une altération temporaire, une modification. "L'affectio est une modification soudaine de l'esprit ou du corps due à certaines causes, telles la joie, le désir, la crainte, le chagrin, la maladie, la faiblesse et des autres qui relèvent du même genre". Il s'agit donc d'une modification et elle ne pourrait, dans ce sens, que s'appliquer à celui qui entre en société à l'instant précis où il envisage d'entrer dans la société. Plus tard, cette disposition psychologique pourra d'atténuer, voire disparaître sans que l'existence d'une société soit réellement en cause. Cet auteur conclut que la notion doit être analysée "à l'aube de la création sociale." Comme critère de détermination du contrat de société, l'affectio societatis ne doit ainsi être exigée qu'au moment de la conclusion du contrat. [...].⁴³

É necessário, portanto, seja para justificar a resolução da sociedade em relação a um sócio, seja para admitir a própria dissolução da sociedade, a ocorrência de causas concretas e objetivas (como, por exemplo, ilícitos cometidos, descumprimento de obrigações de sócio etc.), relacionadas a alguma *fattispecie* legal, dissociados de fatores simplesmente subjetivos.

Nesse sentido, adverte Alfredo de Assis Gonçalves Neto que o desfazimento do liame societário demanda a ocorrência de uma causa legal, não se justificando por simples perda da *affectio societatis*:

Para os defensores dessa orientação doutrinária, a *affectio societatis* seria mais do que a simples manifestação da vontade das partes em contratar, caracterizando-se por um estado de ânimo continuativo de conviver em sociedade com outrem. Ocor-

43 SCHILLER, Sophie. *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés: les connexions radicales*. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 79-80.

re que no ambiente obrigacional são encontradiços negócios jurídicos nos quais está presente essa mesma ideia de continuidade. A intenção ou o ânimo de celebrar um contrato e a ele permanecer vinculado não é peculiar ao contrato de sociedade, mas inerente a todo e qualquer contrato de duração, isto é, aos contratos normativos de modo geral (como o de fornecimento, de distribuição etc.) e àqueles cuja execução se protraí no tempo, ditos de execução continuada (como o de construção, de locação de coisas etc.). Ora, isso nada mais é do que a manifestação inequívoca da vontade de se obrigar nos termos e na extensão definidos pelas partes no acordo de suas vontades, segundo os parâmetros da liberdade de contratar – ou seja, o consentimento. [...] Por essa razão foi que asseverei ser a *affectio societatis* um nada jurídico. ‘Não é pressuposto algum, nem mesmo para a manutenção da sociedade entre seus sócios ao longo de sua existência’. Não é credencial para autorizar o desfazimento do negócio jurídico societário nem para fundamentar o desligamento de um sócio. O consentimento é dado em relação ao todo ajustado e continuará produzindo seus efeitos enquanto não houver uma causa legal de rompimento da palavra então empenhada. A questão, portanto, não está em analisar se houve ou não perda da *affectio societatis* para justificar o desfazimento do liame societário, mas em averiguar se está presente uma causa legal que o autorize.⁴⁴

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira colocam-se, do mesmo modo, contra a concepção da *affectio societatis* como requisito para a manutenção do contrato de sociedade, eis que entendimento dessa natureza faria com que a obrigação de cooperar dos sócios tivesse natureza puramente potestativa:

É próprio da sociedade que os sócios, ao consentirem no contrato, contraíam a obrigação de coo-

44 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer sobre a possibilidade de, com fundamento no desaparecimento da *affectio societatis*, serem dissolvidas parcialmente sociedades limitadas e anônimas constituídas por membros de duas famílias. Curitiba, mar. 2014. Disponível em “<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-sociedades.pdf>”. Acesso em: 7 jul. 2017.

perar para o fim comum durante o prazo nele ajustado, embora o conteúdo dessa obrigação varie bastante segundo o tipo de sociedade. A idéia de que a *affectio societatis* é requisito para a continuidade da existência do contrato, e não apenas para sua formação, implica tornar a obrigação de cooperar sujeita à condição resolutiva de ato de vontade ou do estado de espírito dos contratantes: se qualquer sócio, alegando cessação da disposição de continuar a sociedade, puder se liberar da obrigação contraída de cooperar, a obrigação é puramente potestativa.⁴⁵

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek publicaram artigo sobre o tema, com bastante repercussão no meio jurídico. Nele, os autores criticam a aplicação “acrítica e abusada” da noção de *affectio societatis*, decorrente, em boa parte, de “imobilismo intelectual”, pois seria “incompatível com a evolução da ciência jurídica universal”.⁴⁶ Afirmam que o conceito de *affectio societatis* seria “desprezado pelas obras de direito societário mais conhecidas na Itália, Espanha ou Portugal” e “completamente abandonada na Alemanha e na Suíça”, reconhecendo que “tão-somente no Direito Francês” se encontrariam maiores referências ao assunto, mas que, mesmo assim, lá o conceito não seria aplicado com a “abrangência e amplitude de autêntica panaceia com que amiúde desponta em julgados de nossos tribunais”.⁴⁷ Asseveram os autores que:

O quadro torna-se ainda mais nefasto quando se constata que a noção de *affectio societatis* é manejada pelos tribunais, sem qualquer sistematicidade e carregada de um incompreensível empirismo, para justificar soluções as mais díspares possíveis entre si, notadamente em matéria de dissolução

45 LAMY FILHO; PEDREIRA, op. cit., p. 35.

46 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: Um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de “Fim Social”*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

47 Idem, p. 31-32.

parcial de sociedade *lato sensu* (retirada, exclusão e dissolução em sentido estrito), com total alheamento de outros temas fundamentais envolvidos na questão, como os de juízo de proporcionalidade e de análise de imputação de responsabilidade pela quebra de eventuais deveres de sócio. [...] [A] verdade é que a *affectio societatis* também não é elemento essencial para a manutenção da sociedade – como não o é, de regra, para qualquer outro contrato em que não se admita o arrependimento. [...] Efetivamente, o desaparecimento da intenção de contratar por parte de um dos contratantes, de regra, não interfere na sociedade. [...] No mais, se o desaparecimento da *affectio societatis* fosse fonte do direito de auto ou heterodesvinculação de sócio, ter-se-ia que forçosamente admitir que: (i) a exclusão não dependeria de falta grave (CC, arts. 1.030 e 1.085) e poderia se dar pela simples vontade da maioria e, inversamente, (ii) o direito de retirada não poderia ter quaisquer condicionantes (CC, arts. 1.029 e 1.077; e Lei de S/A, art. 137).⁴⁸⁻⁴⁹

48 Idem, p. 33-40. Entende de forma similar João Eunápio Borges: “Manifestado este [o consenso], inicialmente, em forma regular, como em qualquer contrato, produz desde logo a plenitude de seus efeitos. Mesmo que venha a faltar posteriormente aquele estado de ânimo continuativo que caracterizava a *affectio*” (BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 266).

49 Jonathas Lima Soler também conclui pela impropriedade de se analisar questões de retirada ou exclusão de sócios com base em *affectio societatis*: “[...] a *affectio societatis* como elemento nuclear da sociedade apresenta, entre outros, os seguintes problemas: (i) não traz a segurança jurídica que se espera de um conceito jurídico, em razão da subjetividade que carrega, da impossibilidade de ser auferida objetivamente e da criação de real direito potestativo ao sócio que requer a dissolução parcial da sociedade; (ii) também não pode ser considerada como causa do contrato de sociedade, pois os sócios não teriam se reunido pela simples intenção, sentimento ou vontade que tinham de estarem juntos (isso, caros leitores, é amor ou amizade), mas sim em razão de um escopo comum, a ser realizado por um objeto social e com fundamento em uma finalidade social; e (iii) não guarda aspectos funcionais inerentes ao que se entende como elemento central do instituto, como o estabelecimento de diretrizes e normas que digam respeito à conduta dos administradores e sócios, necessárias para a vida societária. [...] É necessário, por outro lado, que se exija a comprovação do descumprimento de algum dever inerente aos sócios, alguma falta grave cometida por esses ou o esaurimento ou a impossibilidade do preenchimento do fim social para que se exclua o sócio ou dissolva parcialmente a sociedade” (SOLER, Jonathas Lima. A quebra da *affectio societatis* na exclusão de sócios e dissolução parcial de sociedades. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 957, p. 177-199, jul. 2015, p. 196-197).

Vê-se, desse modo, que vem ganhando coró em autorizadas vozes da doutrina nacional o acertado entendimento de que a existência de *affectio societatis* é de todo irrelevante na verificação das condições legais para resolução da sociedade em relação a um sócio.

O desaparecimento da *affectio societatis*, por se relacionar a estado anímico de certa pessoa em determinado momento, jamais pode ser visto, do ponto de vista jurídico, como causa para aplicação de normas que regem o contrato de sociedade, mas sempre como consequência de algum ato ou fato. Deve-se indagar se esse ato ou fato que levou à quebra da *affectio societatis* é relevante, do ponto de vista jurídico, para dar ensejo à resolução da sociedade, mas não perquirir se ela (a *affectio*) está presente. Interessa, assim, a *causa* da perda da *affectio*, mas não propriamente a *affectio* em si.

Ora, como corretamente apontam Maurice Cozian e Alain Viandier, “*on en appelle à l'affectio societatis en cas de doute ou de crise, c'est-à-dire dans des situations pathologiques*”.⁵⁰

Quando os sócios convivem em harmonia, é possível que se passem longos períodos sem qualquer preocupação acerca das obrigações e deveres por eles assumidos em decorrência de cláusulas contratuais e normas legais. Servem-se de aconselhamento jurídico, quando muito, em situações perante terceiros ou no cumprimento de requisitos legais, como a realização de assembleia ou reunião anual de sócios.

Após a constituição formal da sociedade, a verificação da existência ou não de *affectio societatis* somente ganha relevo quando há conflito entre sócios. É justamente nesse momento que se deve procurar dar o máximo de efetividade às normas válidas do ordenamento jurídico, pois foram criadas justamente para esse fim. Desse modo, é

50 COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*. 10. ed. Paris: Litec, 1997, p. 75.

completamente descabida qualquer resolução de conflito que abandone as regras específicas aplicáveis às hipóteses de dissolução de sociedade ou de sua resolução em relação a sócios e as substitua por uma cláusula geral aplicada a toda e qualquer situação de *quebra de affectio societatis*.

Eduardo Goulart Pimenta faz precisa análise sobre esse ponto, destacando, ademais, a importância do princípio da preservação da empresa e sua prevalência sobre a ausência de *affectio societatis*:

Será mesmo que se pode e deve colocar não só a constituição, mas a própria preservação da sociedade sobre este elemento anímico de natureza e aferição tão subjetiva e fluida? A preservação do quadro societário (e muitas vezes da própria empresa) pode ficar condicionada ao grau de harmonia na convivência entre os integrantes da sociedade? [...] Neste sentido é de se perguntar se a notória função social da empresa privada pode – e, mais do que isso, deve – ficar dependente do bom relacionamento entre os sócios da sociedade empresária. O direito societário precisa, como salientado, oferecer instrumentos e formas de se permitir a manutenção da sociedade – e da empresa – mesmo em situações nas quais os seus sócios não mantenham um bom relacionamento entre si. [...] É quando falta a *affectio societatis* que o direito societário deve oferecer soluções eficientes de modo a permitir à sociedade e à empresa permanecerem em funcionamento, preferencialmente com o quadro de sócios e o patrimônio intactos. Resta constatar também que a dissolução parcial da sociedade, frequentemente empregada como forma de proteção da sociedade contra a divergência entre seus sócios, mostra-se insuficiente uma vez que acarreta necessariamente o desfalecimento do patrimônio da sociedade para a realização do pagamento dos haveres do(s) sócio(s) afastado(s).⁵¹

51 PIMENTA, Eduardo Goulart. A *affectio societatis* nas companhias fechadas. In: SILVA, Alexandre Couto. *Direito Societário: estudos sobre a Lei de Sociedades por Ações*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 333.

Conclui-se, portanto, que a noção de *affectio societatis* não deve ser levada em consideração nas situações de dissolução de sociedade ou de resolução de sociedade em relação a um sócio, as quais são admitidas tão somente se estiver presente alguma das *causas legais* que as autorizem.

5. A adequada fundamentação constitucional do direito de retirada e a irrelevância da alegação de “liberdade de associação” para a resolução da sociedade em relação a um sócio.

O atendimento à função social é dever imposto a qualquer o titular de direito, que deve exercê-lo tendo em conta sua finalidade, sem perder de vista os interesses juridicamente protegidos de terceiros. Desse modo, sempre que terceiros sofram prejuízos em decorrência do exercício de direitos, deve-se ponderar se o prejuízo é decorrência inevitável do exercício do direito segundo sua função social.

A função social da propriedade dos bens de produção possui fundamento constitucional, por força do disposto no art. 5º, inciso XXIII, e 170, III, da Constituição, que determinam, respectivamente, que “a propriedade atenderá a sua função social” e que “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” observado, dentre outros princípios, o da “função social da propriedade”.

O contrato de sociedade é celebrado necessariamente para o exercício de atividade econômica (art. 981 do Código Civil) e, em decorrência do exercício dessa atividade, promove-se crescimento econômico, em proveito não somente dos sócios, como também de quem se relaciona com a sociedade, e mesmo de quem se beneficia, por exemplo, com os tributos arrecadados em razão da atividade por ela desempenhada.

O relevante papel da atividade exercida pela sociedade e os diversos interesses de terceiros, que não são partes no contrato, justificam a grande preocupação existente em preservá-la. A função social do contrato de sociedade (e dos bens de produção por ela utilizados) confunde-se, assim, com esse relevante papel econômico-social que desempenha.

Não é possível, assim, pensar em fundamento constitucional que possa justificar a retirada de sócio, que não passe pela compreensão da função social da sociedade e dos diversos princípios e regras constitucionais que amparam essa função.

Apesar disso, há quem procure interpretar a Constituição “aos pedaços”⁵² e extrair da regra constante do seu art. 5º, XX,⁵³ um passe livre para saída de qualquer sociedade, a despeito da legislação que regula o direito de retirada em cada tipo societário específico e das demais regras e princípios constitucionais pertinentes à questão. Essa interpretação é equivocada, por diversos motivos a seguir expostos.

Em primeiro lugar, o princípio constitucional da liberdade de associação possui aplicação restrita às associações, assim entendidas como a “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos” (art. 53 do Código Civil), que não se confundem com as socieda-

52 Não levando, portanto, em consideração as lições de Eros Roberto Grau: “Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo [...] Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. [...] A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional. [...] No contexto linguístico é discernida a *semântica* dos enunciados normativos. Mas o *significado normativo* de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do *sistema*, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131-132).

53 Arnaldo Wald, ao comentar o art. 1.029 do Código Civil, assevera que “tal faculdade [de retirada voluntária da sociedade de prazo indeterminado] decorre, como já referido, do disposto no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal e do princípio da autonomia da vontade, que determina que ninguém pode ser obrigado a manter-se vinculado contra a sua vontade, por tempo indeterminado” (WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*: Livro II – Direito da Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XIV, p. 228).

des. Essa questão é explorada de forma precisa por Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Na falta de norma legal que fundamente a tese da dissolução parcial por vontade potestativa do sócio, alguns raros doutrinadores têm sustentado que ela encontra suporte, também, no art. 5º, inc. XX, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.” Ouso divergir radicalmente desse entendimento. Esse enunciado está inserido no texto constitucional que trata da liberdade de associação, delimitado pelos incisos XVII a XXI desse mesmo artigo, o qual, como sabido, não diz respeito minimamente ao exercício da atividade econômica, do qual se ocupa a Constituição nos arts. 170 e ss., que tratam da ordem econômica e financeira em nosso País. [...] A Constituição Federal de 1988, como sobressai dos trabalhos dos constituintes, teve em conta, claramente, assegurar a liberdade plena de associação, à luz das normas restritivas então existentes, as quais, como visto, não se referiam a entidades cujos fins fossem a exploração da atividade econômica (sociedades e sentido estrito). [...] O art. 5º, XX, da Constituição, portanto, não está a autorizar o recesso, mas o desligamento de um associado filiado a uma associação, do qual não decorre, como contrapartida, qualquer direito patrimonial (CC, art. 61). A ser observado esse comando constitucional pelas sociedades, as disposições sobre direito de recesso contidas na legislação ordinária seriam inconstitucionais e as companhias, mesmo abertas, proporcionariam a seus acionistas o reembolso das ações sempre que, no mercado, elas estivessem cotadas por valor inferior ao do seu patrimônio líquido.⁵⁴

54 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 35-38. No mesmo sentido: SANTOS, Paulo de Moraes Penalva; e SANTOS, Guilherme Moulin Penalva. Inaplicabilidade dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação para fundamentar a dissolução de sociedades. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; e ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. (Org.). *Lei das S.A. em seus 40 Anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 563-583.

O mesmo entendimento é compartilhado por Henrique Cunha Barbosa:

Ora, se não se dispõem os defensores de tal ideia a uma leitura histórica da regra constitucional em tela, basta ao aplicador proceder à exegese sistemática do próprio artigo 5º da Carta (e seus incisos vizinhos) para se perceber com clareza que os preceitos ali contidos – e interligados – têm por finalidade inequívoca a proteção de direitos de ordem totalmente diversa, especialmente os de natureza política, social e religiosa. Da mesma maneira, aos que tentam lançar mão do inciso II daquele artigo, basta lembrar que, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o sócio de fato não era obrigado a compor a sociedade, mas ao fazê-lo, optou por naturalmente se sujeitar às normas legais em vigor (art. 1.077), que disciplinam de modo claro e incontestado quando e como se poderá abandonar o empreendimento.⁵⁵

Em segundo lugar, ainda que o art. 5º, XX, da Constituição fosse aplicável às sociedades, ele não poderia ser analisado isoladamente, impondo-se sua consideração em conjunto com o disposto no art. 5º, inciso XXIII (função social da propriedade) e 170, III (livre iniciativa, valorização do trabalho, existência digna e função social da propriedade).

Considerando-se o impacto financeiro negativo que o direito de retirada causa à sociedade, por obrigar o pagamento de haveres ao sócio retirante, resultando em sua descapitalização e em prejuízos para o negócio desenvolvido e para todos os nele envolvidos, normalmente a proteção aos direitos (e aos sujeitos de direito) afetados com a saída do sócio é muito mais relevante do que a proteção ao

55 BARBOSA, Henrique Cunha. Dissolução Parcial, Recesso e Exclusão de Sócios: Diálogos e Dissensos na Jurisprudência do STJ e nos Projetos de CPC e Código Comercial. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. (Coord.). *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 363.

direito individual do sócio de se retirar, cujo não atendimento resultará apenas na necessidade de que permaneça como sócio até que surja um comprador para suas quotas ou uma causa legal que o autorize a deixar a sociedade.

Em suma, se pudesse ser reconhecido um direito fundamental ao sócio de não permanecer associado (art. 5º, XX, da Constituição), esse direito deveria ceder, na ponderação entre os dois, ao outro direito fundamental, que corresponde ao exercício da propriedade sobre as quotas ou ações da sociedade, segundo sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição).

Sobre esse ponto, confirmam-se as considerações de Gustavo Tepedino, ao contrapor a função social da propriedade à liberdade individual:

Diante de tais considerações, não se pode objetar que a função social, como elemento interno do domínio, restringiria a liberdade individual, visto que, a rigor, as liberdades constitucionais não podem ser tomadas isoladamente, já que inseridas na legalidade constitucional.⁵⁶

Como terceiro argumento hábil a afastar a utilização isolada do art. 5º, XX, da Constituição como fundamento para o direito de retirada, é de se destacar que cada tipo societário possui regras específicas acerca da vinculação e desvinculação dos sócios ao contrato de sociedade, que são elaboradas tendo em vista uma série de fatores, todos ponderados em razão das particularidades das diversas espécies de sociedade. As regras existentes na legislação infraconstitucional não violariam o comando do art. 5º, XX, ainda que fosse aplicável às sociedades, mas apenas o especializariam, regulamentando-o.

56 TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*: Direito das Coisas – Arts. 1.196 a 1.276. São Paulo: Saraiva, 2011, v. XIV, p. 247-248.

Os dispositivos legais que regem a matéria, seja no Código Civil, seja na Lei das Sociedades por Ações, não violam qualquer preceito constitucional, não se tendo notícia, até hoje (ainda que a Lei das Sociedades por Ações tenha sido promulgada há mais de quarenta anos), de qualquer alegação de sua inconstitucionalidade.⁵⁷ São, portanto, normas válidas e eficazes.

Não seria, ademais, razoável fazer uso do inciso XX do art. 5º, da Constituição, para subverter o sistema jurídico de sociedades, conferindo a seu sócio um direito à imediata liquidez das quotas ou ações que possui, em prejuízo da sociedade, dos demais sócios e dos terceiros que com ela se relacionam. Essa ampla e irrestrita liberdade de retirada, que dispensa até mesmo a existência de um comprador (haja vista ser o direito exercido contra a – e em prejuízo da – sociedade) proporcionaria ao sócio de qualquer sociedade liquidez quase comparável ao de acionista de companhia aberta listada em bolsa de valores com ações com alto grau de negociabilidade.

Carece, assim, de qualquer utilidade o recurso ao disposto no art. 5º, XX, da Constituição, como justificativa ao exercício do direito de retirada. Pelo contrário, a referência a esse dispositivo, descolada das normas de direito infraconstitucional que regem a matéria, acaba por subverter todo o sistema pensado pelo legislador e que justifica a retirada de sócio em cada ocasião.

Os dispositivos constitucionais que determinam o atendimento à função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III) são o real fundamento do direito de retirada, como um dos diversos direitos que – juntamente com obrigações e deveres – formam a posição jurídica de sócio e permitem do desenvolvimento da atividade econômica pela sociedade.

57 Aliás, como ensina Luís Roberto Barroso: “não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para a preservação da norma” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300).

6. Conclusão.

As demonstrações realizadas, neste artigo, acerca do sistema jurídico das sociedades – que impõe que a interpretação de suas normas seja voltada ao objetivo maior de desenvolvimento e preservação das atividades econômicas por elas exercidas – levam necessariamente à conclusão de que as hipóteses legais de exercício de direito de retirada devem ser analisadas de forma restritiva.

O caráter excepcional do direito de retirada não admite que, à falta de normas específicas e objetivas que permitam seu exercício,⁵⁸ recorra-se a alegações como quebra de *affectio societatis* ou garantia de liberdade de associação para permitir a rescisão unilateral do contrato de sociedade.

A quebra de *affectio societatis* não deve ser levada em consideração nas situações de resolução de sociedade em relação a um sócio, inclusive no que diz respeito à retirada de sócio, que somente poderá ser validamente admitida se estiver presente alguma das *causas legais* que a autorizem.

Do mesmo modo, é inadequado o recurso ao argumento de liberdade de associação para fundamentar o direito de retirada, tendo em vista que (i) o princípio constitucional da liberdade de associação possui aplicação restrita às associações; (ii) ainda que o art. 5º, XX, da Constituição fosse aplicável às sociedades, ele não poderia ser analisado isoladamente, impondo-se sua consideração em conjunto com o disposto no art. 5º, inciso XXIII (função social da propriedade) e 170, III (livre iniciativa; valorização do trabalho; existência digna; e função social da propriedade); e (iii) cada tipo societário possui regras específicas acerca da vinculação e desvinculação dos sócios ao contrato de sociedade, que são elaboradas tendo em vista uma série de fato-

58 E, mesmo que tenha havido adequada subsunção a qualquer das hipóteses legais, não se pode esquecer de que o exercício da retirada de sócio deve ser realizado de boa-fé e em momento oportuno, sob pena de violação dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

res, todos ponderados em razão das particularidades das diversas espécies de sociedade, de modo que, mesmo que se entendesse pela aplicação do art. 5º, XX, da Constituição à hipótese, não se poderia cogitar de violação deste dispositivo, mas tão somente de sua adequada regulação pela legislação infraconstitucional.

Espera-se, portanto, que o presente estudo contribua para uma análise mais aprofundada sobre o tema por parte dos tribunais, de modo a evitar possível perpetuação de entendimento que não somente está dissociado da correta exegese das normas jurídicas aplicáveis, como é claramente nocivo à economia nacional.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br

3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

- (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
- (b) Orientação: retrato;
- (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (f) Espaçamento: 0 pt antes e depois no texto e 0 pt antes e 6 pt depois para as notas de rodapé; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
- (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
- (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

4. Os artigos deverão possuir:

- (a) sumário;
- (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto e o outro necessariamente o inglês;
- (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
- (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pe-

los Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.

7. Realizado esse procedimento, os artigos aprovados serão submetidos aos Editores e aos membros dos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, que se reunirão para avaliá-los e finalizar a seleção para a publicação, observando os critérios de qualidade e exogenia e a quantidade de artigos por número.

8. Além desses artigos avaliados anonimamente por pares, a RSDE publicará até dois artigos de convidados por número. Estes artigos serão avaliados somente pelos Conselhos Editorial e Executivo, os quais analisarão a pertinência temática com o foco e o escopo da Revista e a observância das regras formais para publicação.

9. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.