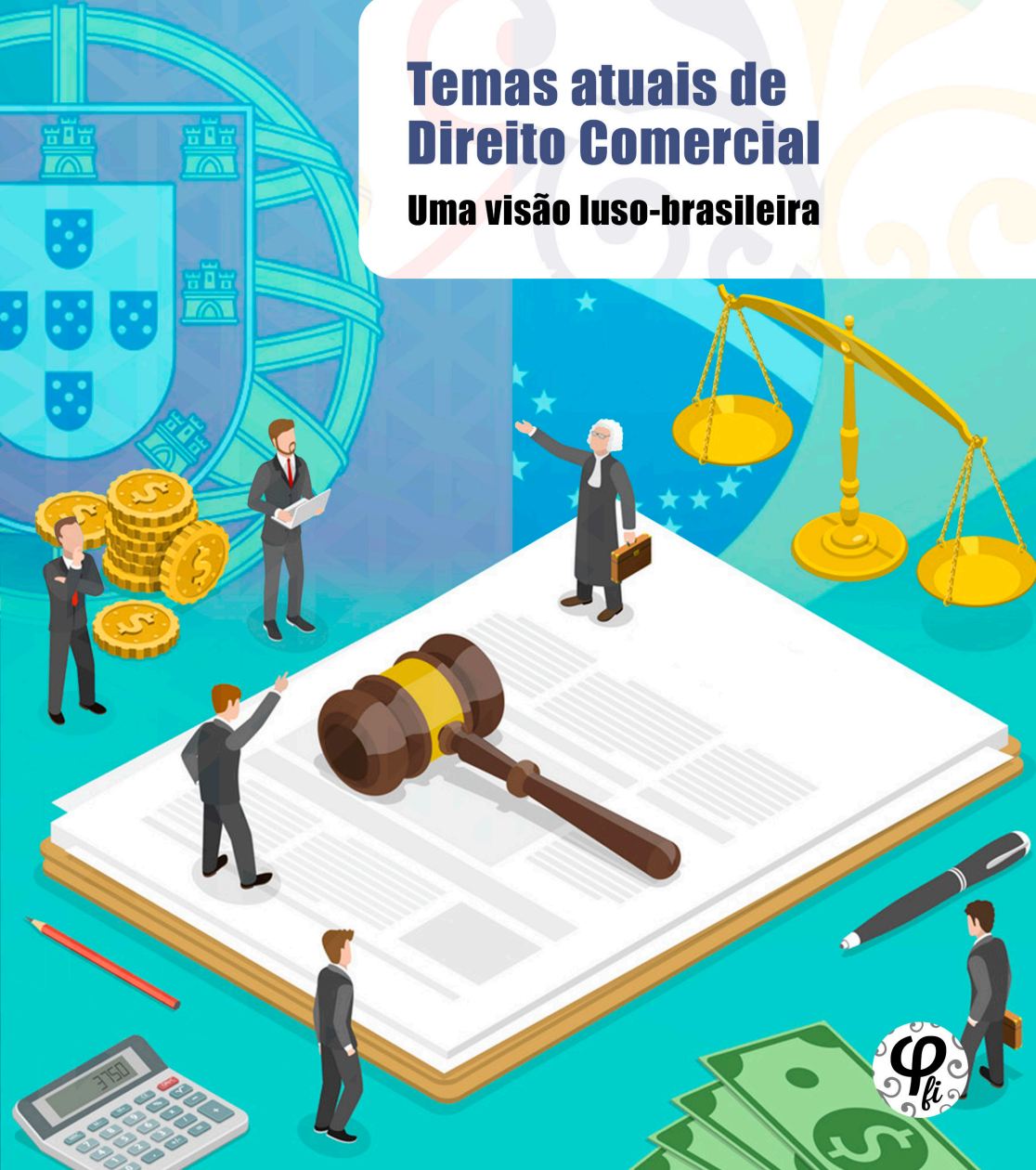


Ricardo Lupion
Oksandro Gonçalves
(Orgs.)

Temas atuais de Direito Comercial

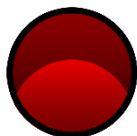
Uma visão luso-brasileira



A presente obra é fruto das reflexões e debates realizados durante o evento I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMERCIAL, realizado na semana de 09 a 13 de novembro de 2020 (na modalidade online - webinar), pela Escola de Direito da PUCPR, Escola de Direito da PUCRS, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Centro Acadêmico Sobral Pinto, da Escola de Direito da PUCPR. O evento contou com cinco painéis e presença de 19 pesquisadores nacionais e internacionais de diversas IES, que possuem livros, publicações em periódicos e pesquisa científica sobre os temas abordados no evento. Esta coletânea está organizada em duas Seções. A **Seção I – autores brasileiros**, conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento e alunos dos Programas de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, PUCRS, PUCSP, UnB, UFPR, USP e FGV-SP. A **Seção II – autores estrangeiros**, conta com textos elaborados por professores conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento, de renomadas Instituições de Ensino Superior Estrangeiras, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal, Université Paris I Panthéon Sorbonne e Faculdade de Direito da Universidade Católica do Peru.



Temas atuais de Direito Comercial



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühning

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Leandro Cordioli

ULBRA, Brasil

Temas atuais de Direito Comercial

Uma visão luso-brasileira

Organizador
Ricardo Lupion
Oksandro Gonçalves



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LUPION, Ricardo; GONÇALVES, Oksandro (Org.)

Temas atuais de direito comercial: uma visão luso-brasileira [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion; Oksandro Gonçalves (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

332 p.

ISBN - 978-65-5917-214-6

DOI - 10.22350/9786559172146

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Comercial; 2. Coletânea; 3. Estado; 4. Brasil; 5. Portugal; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio **11**

Oksandro Gonçalves

Ricardo Lupion

Sumário: Seção I – Autores brasileiros (em ordem alfabética). Seção II – Autores estrangeiros (em ordem alfabética)

Seção I **Autores brasileiros**

1 **21**

Economia movida a dados e estratégias predatórias

Ana Frazão

2 **35**

A importância da liberdade econômica: uma breve contextualização à luz da Lei de Liberdade Econômica

Fernanda Linden Ruaro Peringer

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria liberal x democracia. 3. Liberdade econômica como mecanismo para o desenvolvimento e crescimento econômico. 4. Conclusão. 5. Referências.

3 **54**

Problemas na interpretação da atividade econômica não-empresaria

Gustavo Saad Diniz

4 **64**

Interfaces entre o direito da propriedade industrial e o direito da concorrência

José Marcelo Martins Proença

5 **79**

Empresas em dificuldade e seu tratamento precoce

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios

Mariana Pargendler

Sumário: Introdução. II. A separação patrimonial e separação regulatória e os efeitos da sua desconsideração. III. A origem da desconsideração regulatória. IV. Desconsideração regulatória da personalidade jurídica: critérios jurídicos. V. A desconsideração regulatória no Brasil. VI. Conclusão.

A Proteção Autoral do Video Game

Martina Gaudie Ley Recena

Sumário: Introdução. 1. Elaboração de Jogos Eletrônicos. 2. Requisitos do Direito Autoral. 2.1. Originalidade. 2.2. Ideia/Expressão. 3. *Software* ou Audiovisual? A possibilidade de cumulação de proteções sob a mesma obra. Conclusão. Referências.

A regra da decisão negocial em tempos de pandemia

Ricardo Lupion

Sumário: Introdução. 1. A visão doutrinária a respeito do dever de diligência e da *business judgment rule*. 2. Notas sobre o entendimento da CVM a respeito do dever de diligência e da *business judgment rule*. 3. O caso Smiles: red flags e entire fairness. 3.1. As partes envolvidas e os detalhes da Operação. 3.2. Os *red flags* e o teste da *entire fairness* da Operação. 4. Covid-19, gerenciamento de crises e o papel dos administradores: pesquisa do IBGC. Conclusão.

A Alocação de Riscos nos Contratos Empresariais e a Lei de Liberdade Econômica

Tiago Faganello

Sumário: 1. introdução. 2. O Contrato e as Suas Acepções. 2.1 Contrato na economia. 2.2 Contrato na dogmática jurídica. 2.3 Contrato e o Direito Contratual. 3. Os Contratos Empresariais. 4. O Contrato Como Mecanismo de Alocação de Riscos e a Lei de Liberdade Econômica. 5. Considerações Finais. 6. Bibliografia.

Consequências da Confidencialidade nas Arbitragem em Companhias Abertas

Viviane Muller Prado

Seção II

Autores estrangeiros

11

209

Os desafios do direito da insolvência em Portugal

Alexandre de Soveral Martins

Sumário: 1. Introdução. 2. A reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores. 3. O art. 19.º da Diretiva 2019/1023. 4. A suspensão do prazo de apresentação à insolvência. 5. Notas finais.

12

222

De la valorisation des donnés publiques à l'automatisation des procédures collectives Signaux Faibles

Caroline de Bonville

Sumário: Introduction. §1. Présentation historique de « Signaux Faibles », un exemple de valorisation des données publiques au service des politiques publiques. §2. Fonctionnement de l'outil « Signaux Faibles » : de la détection des difficultés à l'accompagnement des entreprises. § 3. Généraliser un dispositif de politique publique: le déploiement de l'outil « Signaux Faibles » au niveau national. § 4. De « Signaux faibles » à « Signaux Forts » ? Et évolutions possibles de l'outil « Signaux Faibles ». §5. « Signaux Faible » et la Covid-19. §6. « Signaux Faibles » et la reprise des entreprises.

13

231

As fronteiras da empresa na tradição coaseana

Fernando Araújo

Sumário: 1. Custos de transacção. 2. As fronteiras do contrato e do mercado. 3. Problemas de agência. 4. Incentivos e a ameaça de desintegração vertical.

14

243

Os contratos de distribuição nos direitos português e brasileiro

Fernando A. Ferreira Pinto

Oksandro Gonçalves

I – As dificuldades do direito dos contratos de distribuição. II – Concepção prevalecente no direito português sobre a delimitação do conceito de contratos de distribuição. III. Principais modalidades de contratos de distribuição. IV – A disciplina dos contratos de distribuição no direito português e noutros direitos lusófonos. V – Panorama geral do direito brasileiro. V.I – O tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema: a confusão conceitual. V.II. Elementos do contrato de distribuição à luz do direito brasileiro. VI – Algumas semelhanças e diferenças na regulamentação do contrato de agência nos dois lados do Atlântico.

15

293

O modelo português de regulação das sociedades desportivas

Maria de Fátima Ribeiro

16

304

Os desafios da Insolvência em Portugal – Parte 1

Maria do Rosário Epifânio

17

312

Os negócios fiduciários em Direito Comercial

Miguel Pestana de Vasconcelos

18

320

Reflexiones generales del derecho civil peruano ante la crisis sanitaria y económica generado por la Covid-19

Roger Vidal Ramos

Prefácio

*Oksandro Gonçalves*¹
*Ricardo Lupion*²

A presente obra é fruto das reflexões e debates realizados durante o evento **I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMERCIAL**, realizado na semana de 09 a 13 de novembro de 2020 (na modalidade online - webinar), pela Escola de Direito da PUCPR, Escola de Direito da PUCRS, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Centro Acadêmico Sobral Pinto, da Escola de Direito da PUCPR.

O evento contou com cinco painéis e presença de 19 pesquisadores nacionais e internacionais de diversas IES, que possuem livros, publicações em periódicos e pesquisa científica sobre os temas abordados no evento.

Esta coletânea está organizada em duas Seções.

A **Seção I – autores brasileiros**, conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento e alunos dos Programas de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, PUCRS, PUCSP, UnB, UFPR, USP e FGV-SP.

A **Seção II – autores estrangeiros**, conta com textos elaborados por professores conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento, de renomadas Instituições de Ensino Superior Estrangeiras, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal, Université Paris I Panthéon Sorbonne e Faculdade de Direito da Universidade Católica do Peru.

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS

Seção I – Autores brasileiros (em ordem alfabética)

Sob o título **“Economia movida a dados e estratégias predatórias”**

Ana Frazão (Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB) analisa as peculiaridades da economia digital, como a presença cada vez maior de grandes plataformas digitais, que acabam se tornando, hoje, grandes *gatekeepers* para os negócios e para a atividade econômica e, sob o viés do direito antitruste, se dono de uma infraestrutura essencial concorrer com aqueles que dependem dessa infraestrutura pode ou não ser algo bastante problemático e se poderia gerar conflitos de interesses, favoritismos e inúmeros incentivos para que se favoreça o próprio produto e serviço em detrimento dos concorrentes.

Ao abordar **“Os Desafios do Direito da Insolvência no Brasil”**, Carlos Alberto Farracha de Castro (Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná) examina o momento de transformação do direito da insolvência no Brasil e os seus principais desafios, descando-se: (1) o agente econômico; (2) autonomia do Direito da Insolvência; (3) Superendividamento no Brasil; (4) Desmistificando a Falência; (5) Imediato Retorno à Atividade Produtiva (Fresh Start); (6) Dever de Renegociar.

No texto **“A importância da liberdade econômica: uma breve contextualização à luz da lei de liberdade econômica”**, Fernanda Linden Ruaro Peringer (Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, Bolsista CAPES), procura desenvolver uma reflexão crítica acerca da liberdade como forma elementar da dignidade do ser humano a partir de textos clássicos. Num primeiro momento, será analisada a teoria liberal e a democracia. Posteriormente, a investigação analisará a importância e o objetivo da Lei de Liberdade Econômica n.º

13.874/2019, bem como a relevância da liberdade econômica para o crescimento e desenvolvimento de um país através do intervencionismo governamental. Desse modo, no decorrer do caminho será possível observar que a liberdade econômica está diretamente ligada ao desenvolvimento e crescimento econômico.

Gustavo Saad Diniz (Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP-Ribeirão Preto) no texto “**Problemas na interpretação da atividade econômica não-empresaria**” examina as atividades econômicas, normalmente de produção e de prestação de serviços (como por exemplo, produtor rural, fundações e associações com atividades econômicas e cooperativas), que podem ou não ser enquadráveis na qualificação jurídica de empresário e de atividade empresarial, com todas as situações, suportes fáticos, limítrofes, híbridos e suas controvérsias na interpretação, dificuldade, insegurança muitas vezes na solução de problemas, desde o surgimento, da origem de referidas situações, até a sua extinção, especialmente relacionadas ao processo de recuperação judicial previsto na lei 11.101/2005.

Em “**Apontamentos sobre a descon sideração regulatória da personalidade jurídica (veil peeking): função e critérios**”, Mariana Pargendler (Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito SP e *Global Professor of Law* na *New York University (NYU)*), examina aspecto pouco reconhecido, da separação da pessoa jurídica das pessoas naturais a ela ligadas, em duas dimensões relevantes e distintas: a separação patrimonial, de um lado, e a separação regulatória ou para fins de imputação, de outro. O texto destaca que as exceções a cada uma das diferentes dimensões dessa separação – descon sideração patrimonial (*veil piercing*) e descon sideração regulatória (*veil peeking*) – se sujeitam a regime jurídico também distinto, com abordagem de trabalhos acadêmicos e decisões judiciais no Brasil e no exterior.

No texto **“A Proteção Autoral do Vídeo Game”**, Martina Gaudie Ley Recena (Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS e bolsista CAPES) aborda a proteção dos jogos eletrônicos como obras audiovisuais. Para tanto, inicialmente serão descritas as fases de produção dos jogos eletrônicos, passando-se pela abordagem dos requisitos de proteção dos direitos autorais, com maior enfoque na originalidade, para se chegar a análise da proteção dos jogos exclusivamente como software ou de forma cumulativa como software e obra audiovisual.

Ricardo Lupion (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS), em **“A regra da decisão negocial em tempos de pandemia”** aborda a visão geral sobre o dever de diligência e da regra de decisão negocial, na visão doutrinária e nas decisões da Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Em seguida apresenta os resultados parciais de uma pesquisa feita pela pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, sobre como as empresas estão se preparando e organizando os seus processos decisórios neste momento de pandemia para verificar se de fato os administradores das companhias estão preparados e em condições para atender aqueles os pressupostos que a literatura jurídica e a CVM estabelecem para a aplicação da regra da decisão negocial.

Ao abordar **“A Alocação de Riscos nos Contratos Empresariais e a Lei de Liberdade Econômica”** Tiago Faganello (Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS) examina o contrato como um mecanismo de alocação de riscos contratuais nos contratos empresariais e as recentes alterações legislativas que foram introduzidas no Código Civil pela Lei de Liberdade Econômica (13874/2020), especialmente as previsões do artigo 421-A que estabelecem que (a) nas relações

privadas prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual e (b) a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada pelo terceiro julgador.

José Marcelo Martins Proença (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da FGV), apresenta as **“Interfaces entre o Direito da Propriedade Industrial e o Direito da Concorrência”**, em que aborda o fato de as duas disciplinas jurídicas possuírem idênticos objetivos, mas formas diametralmente opostas de obtê-las, o que acaba por gerar zonas de tensão entre elas, ocupando-se o autor de enfrentar essa dicotomia apresentando argumentos para conciliar os dois sistemas de proteção.

No texto **“Segurança jurídica no Direito Comercial”**, Fábio Ulhoa Coelho demonstra como a imprevisibilidade das decisões judiciais afeta o ambiente negocial e é capaz de alterar a taxa de risco do empresário associada à sua atividade, e como isso impacta negativamente o mercado em geral.

Marcia Carla Pereira Ribeiro, no texto **“Empresas em dificuldade e seu tratamento precoce”**, apresenta uma perspectiva franco-brasileira a respeito da possibilidade da adoção de um modelo preventivo de detecção de empresas em dificuldades econômico-financeiras que possam levá-las à insolvência, e como o Estado pode agir nestes casos.

No campo da arbitragem, Viviane Muller Prado, apresenta-nos o texto **“Consequências da confidencialidade nas arbitragens em companhias abertas”**, demonstrando a importância da manutenção das informações confidenciais neste tipo de companhia em face das possíveis consequências para o mercado, enfrentando o conflito entre a confidencialidade e a obrigação de divulgação de informações relevantes.

Seção II – Autores estrangeiros (em ordem alfabética)

Em **“Os desafios do Direito da Insolvência em Portugal”**, Alexandre de Soveral Martins (Professor Associado da Universidade de Coimbra), apresenta-nos um quadro da insolvência a partir das Diretivas da UE e como esse importante ramo do Direito Comercial reagiu à pandemia.

Caroline de Bonville da França (Doutoranda da Universidade Paris I Pantheon Sorbonne), trata **“De la valorisation des donnés publiques à l’automatisation des procédures collectives Signaux Faibles”**, em que procurar demonstrar os ganhos de eficiência com a introdução da tecnologia no Direito de Empresa, especialmente através do uso da inteligência artificial para detectar, previamente, indícios de situações que podem levar à insolvência e promover uma atuação prévia que permita uma ação imediata.

No texto **“As fronteiras da empresa na tradição coaseana”** Fernando Borges Araujo (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) aborda a ideia de custos de transação, inteiramente original na evolução das ideias econômicas, elaborada por Ronald Coase em 1937, numa tentativa para elucidar um aparente paradoxo no modo de produção – o facto de, no todo de uma nação, os recursos serem eficientemente distribuídos pelo livre jogo do mercado sem qualquer estrutura centralizada, enquanto que ao nível das empresas predomina antes o modelo da direcção centralizada, sem contratualização permanente do modo de funcionamento da estrutura empresarial e dos seus recursos. O autor questiona o surgimento da organização empresarial em pleno seio de uma economia assente em especialização e trocas de mercado, se a coordenação espontânea através dos preços serve (ou não) para a coordenação empresarial e, finalmente: “Porquê a hierarquia, e não o mercado?”.

Fernando A. Ferreira Pinto, em conjunto com Oksandro Gonçalves, tratam do tema “**Os contratos de distribuição nos direitos português e brasileiro**”, apresentando uma visão comparada a respeito do tratamento jurídico desse tipo de contrato nos dois lados do Atlântico, demonstrando pontos de convergência e as diferenças de cada ordenamento jurídico.

Maria de Fátima Ribeiro (Professora da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa), apresenta “**O modelo português de regulação das sociedades desportivas**”, demonstrando a necessidade de modernização da legislação regulatória desse tipo de sociedade, especialmente diante de competições desportivas profissionais que produzem expressivos lucros, para diferenciarem-se das sociedades desportivas de caráter associativo e sem finalidades lucrativas.

Em “**Os negócios fiduciários em direito comercial**”, Miguel Pestana de Vasconcelos (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto), apresenta as balizas de evolução histórica da figura do negócio fiduciário, as modalidades de negócio fiduciário e expor o seu regime e em que medida esse importante instituto jurídico foi uniformizado em termos de direito da União Europeia.

Roger Vidal Ramos (Professor das faculdades de Direito das Universidades Nacional Mayor de San Marcos, San Martín de Porres, Nacional Hermilio Valdizán, de Huánuco, Peru) ao propor “**Reflexiones generales del derecho civil peruano ante la crisis sanitaria y económica generado por la covid-19**”, apresenta o problema dos contratos de locação e o enfrentamento em uma situação de pandemia, em especial se a falta de uso dos espaços locados para fins comerciais representa ou não uma justificativa jurídico-econômica apta à redução dos valores cobrados ou até mesmo à resolução dos contratos.

Maria do Rosário Epifânio (Doutoranda e Professora da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa), aborda “**Os desafios**

do Direito da Insolvência em Portugal”, especialmente a disciplina do PER-Processo Especial de Revitalização, que é um processo judicial, mas muito desjudicializado para acelerar o processo decisório e evitar que o ambiente negocial seja substancialmente contaminado.

Pela apresentação dos textos verifica-se, desde já, que a leitura será desafiadora, porque reúne, a um só tempo, excelência acadêmica e efetiva experiência profissional dos autores brasileiros e estrangeiros nos temas abordados.

Enfim, a obra pretende oferecer aos estudantes, acadêmicos e profissionais do direito, no Brasil e nos países de origem dos palestrantes estrangeiros, uma contribuição nos temas abordados.

Porto Alegre, julho de 2021

Seção I

Autores brasileiros

1

Economia movida a dados e estratégias predatórias ¹

Ana Frazão ²

Muito boa tarde a todos! Eu gostaria de começar cumprimentando, de uma maneira muito especial, o Professor Oksandro, agradecendo pelo convite. Professor Oksandro é um grande parceiro, um grande amigo. Não vou nem mencionar o tempo que já faz desde que nos conhecemos, não é, Professor Oksandro? Ainda quando os dois cursavam o doutorado. E como foi bom poder acompanhar tantas conquistas suas ao longo desses anos. Também agradeço e cumprimento o Professor Carlos Alberto e estendo os cumprimentos aos nossos admirados colegas de Portugal, Professora Rosário, também já a parabenizando pela exposição, e Professor Alexandre.

O meu tema é um pouco diferente do tema dos demais painelistas, mas converge com eles em várias preocupações. Aliás, na verdade, quando o professor Oksandro me chamou para participar desse painel e disse que eu poderia ficar à vontade para escolher o tema, ele já me adiantou que três painelistas iriam falar sobre direito da insolvência. Eu respondi a ele que essa não era exatamente a minha área de pesquisa nem minha área de atuação profissional, mas que eu tentaria não desviar muito do assunto e trazer um tópico que eu considero relevante e que dialoga muito com a questão da crise da empresa, apenas com um olhar diferente. Ou seja, um

¹ Transcrição da palestra proferida no I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMERCIAL

² Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB.

olhar que nos provoca sobre o que vem causando, talvez, a crise da empresa, especialmente em alguns mercados específicos, como é o caso dos mercados digitais.

E aqui, é claro, eu tenho a preocupação especial com as *startups*, considerando o potencial que elas têm em relação à inovação. E é muito interessante que, quando a gente acompanha a evolução das *startups* e da inovação no mundo como um todo, ainda que tendo o Brasil como preocupação principal, é possível perceber que infelizmente o destino de uma parte expressiva de *startups* é realmente a quebra, a falência ou então a aquisição por um grande agente, tanto do mercado real, como do mercado virtual.

Eu vejo com uma certa preocupação a realidade atual, em que muitas *startups* já nascem com a pretensão de serem adquiridas. Parece então que o melhor cenário possível para esse investimento, que é tão importante e que poderia trazer tanta inovação, é uma aquisição, sob pena de um cenário muito pior, que seria então o de quebra.

O que exatamente esse cenário nos revela, ou seja, quais são as causas desse fenômeno? Tendemos a ver a crise da empresa muito associada à ideia de risco empresarial ou às vezes da incompetência do empresário, adotando de maneira muito fácil algumas premissas implícitas, como se os mercados realmente fossem absolutamente livres, como se não houvesse exercício de posição dominante por parte de vários agentes, como se, de fato, todos pudessem nos mercados competir pelos méritos, de forma que a quebra fosse um resultado natural desse processo de seleção.

É muito interessante que no Brasil, atualmente, chegamos ao ponto de entender que até mesmo empregados estão no mesmo patamar de negociação que empregadores, tamanha é a sedução que o discurso

exagerado de liberdade econômica muitas vezes exerce. E, da mesma maneira, muitas vezes cedemos facilmente também à ideia de que pequenos negócios e *startups* competem pelo mérito.

Mas será? Será que não estamos diante de um momento em que os mercados se comportam de forma tão disfuncional que isso justifica um novo olhar não só sobre os mercados, mas também sobre a crise da empresa a partir das circunstâncias desses mercados?

Eu acho esse ponto muito importante porque, é claro, existe uma questão ideológica muito presente. A depender das nossas orientações, das nossas ideologias, vamos poder sustentar mais Estado, menos Estado, mais mercado, menos mercado. Porém, existe uma espécie de consenso comum no sentido de que os mercados precisam ser espaços de competição pelo mérito. Mesmo grandes *scholars*, como Friedman, ou seja, grandes defensores da liberdade econômica sempre entenderam e viram os mercados como aqueles espaços em que as pessoas poderiam livremente ingressar, permanecer e ser remunerados pelos seus esforços, pelo seu trabalho duro e pelo seu mérito.

Portanto, isso já nos diz muito a respeito do que podemos esperar realmente de competição e o que podemos esperar de configuração de mercados. Aliás, Kahneman, na sua obra clássica que acaba dando um grande impulso aos estudos da economia comportamental, “Rápido e Devagar”, ao analisar a narrativa de Friedman, conclui que a liberdade econômica não está em discussão, pois é um valor aceito por todos nós. Para Kahneman, a divergência é que o mundo do Friedman é muito mais simples do que o dele, pois o autor norte-americano parte de uma série de premissas que, segundo o seu olhar, são facilmente atendidas no mundo real. Já Kahneman parte de premissas que levam, na verdade, a conclusões muito diversas, a começar pelas inúmeras dificuldades relacionadas à própria questão dos vieses e da limitação de racionalidade dos agentes

econômicos, o que impossibilita por si só o funcionamento perfeito dos mercados.

Esse tipo de tensão nos leva a pensar como podemos fazer para que mercados possam ser mais competitivos, possam ser de fato espaços em que os agentes econômicos possam competir pelo mérito.

Ouvindo com muita atenção a palestra da Professora Rosário, ela mencionou a questão da caridade evangélica e eu achei muito interessante trazer tal observação para a nossa discussão, porque em nenhum momento, ao se falar em assegurar mercados competitivos, se está falando em caridade, em solidariedade, em proteger o ineficiente a qualquer preço. A questão aqui é realmente estabelecermos padrões mínimos de competição pelo mérito. É prestarmos um pouco mais de atenção no que nós chamamos de predação, que é uma estratégia que pode ser utilizada por muitos agentes com posição dominante, e que, ao invés de competirem pelo mérito, podem simplesmente optar por aniquilar concorrentes ou simplesmente adquiri-los, o que também é uma forma de, de alguma maneira, arrefecer o ambiente competitivo.

De fato, quando analisamos diversos setores da economia, não só no Brasil, mas em vários países, como é o caso dos Estados Unidos, o que percebemos é que, em muitos casos, os níveis de concentração vêm aumentando e, juntamente com o aumento desses níveis de concentração, vem também ocorrendo uma diminuição do crescimento, uma baixa na inovação e um número menor de entradas, especialmente de *startups*. E, por outro lado, agentes dominantes com a posição consolidada passam a ter margens de lucros altas e estáveis, pouca contestabilidade e, portanto, passam a operar em um contexto em que a predação e a aniquilação de concorrentes podem estar sujeitas a diversos incentivos.

E vejam que foi muito mencionada também, tanto na exposição da Professora Rosário, como também na exposição do Professor Carlos Alberto, a questão da pandemia. Mas é importante lembrar que, em muitos setores, especialmente na economia digital, vários agentes econômicos enriqueceram – e muito!!! –, o que mostra claramente que os efeitos da crise são muito diversos, conforme o nível de poder econômico acumulado por cada um desses agentes. Esse seria, portanto, um cenário inicial para analisarmos o problema, ao qual se acrescentam peculiaridades da economia digital, como a presença cada vez maior de grandes plataformas digitais, que acabam se tornando, hoje, grandes *gatekeepers* para os negócios e para a atividade econômica. Ou seja, elas promovem a conexão com o mundo e com o acesso à informação e, de certa forma, mostram claramente que aquela ideia inicial sobre a internet - de que teríamos acesso diretamente à informação, faríamos negócios, estabeleceríamos relações diretamente com as pessoas - acabou não se confirmando, talvez porque temos muitas dificuldades em lidar com excesso de informação, talvez porque fazer negócios com pessoas com quem não conhecemos é muito difícil, até porque pressupõe ter que enfrentar o problema da ausência de confiança e da ausência de regras.

O fato é que grandes plataformas digitais acabaram suprimindo essas necessidades e acabaram se propondo a fazer essa conexão, essa gestão de conteúdo e informação e o *matchmaking* entre pessoas suscetíveis de estabelecerem relações econômicas ou não, reduzindo uma série de custos de transação. Sem dúvida nenhuma, há grandes benefícios em tudo isso, mas também uma série de problemas. Então aqui começamos a ver que parte do problema que existe hoje vem da dependência, cada vez maior, que os negócios passam a ter de uma série de plataformas digitais que, em muitos casos, se apresentam quase como infraestrutura essencial para que os agentes econômicos possam então acessar os mercados.

Em muitos casos, as plataformas exercem o papel de romper as fronteiras entre a economia real e economia virtual. E, além de se apresentarem como uma espécie de infraestrutura essencial, a depender da forma como as plataformas reagirão a novas entradas, passa a haver um outro tipo de problema, que é o fato de que, em muitos casos, essas plataformas passam a concorrer com seus próprios usuários.

Então, quando analisamos a história da atividade econômica, especialmente sob o viés do direito antitruste, percebemos que ser dono de uma infraestrutura essencial e concorrer com aqueles que dependem dessa infraestrutura sempre foi algo bastante problemático. Sempre foi algo que poderia gerar conflitos de interesses, favoritismos e inúmeros incentivos para que se favoreça o próprio produto e serviço em detrimento dos concorrentes.

Muito das discussões que vemos hoje, como o problema do Google Shopping, decorrem um pouco disso. Porém, hoje, não só em muitos casos estão presentes os incentivos para que as plataformas favoreçam os seus próprios serviços, como tais agentes têm todos os dados e informações concorrenciais sensíveis dos usuários com quem elas concorrem.

Então, vejam que, na verdade, aqui a própria questão muda de cor e se torna muito mais séria. O grande problema é que nós - e quando eu digo nós, refiro-me ao mundo jurídico mas também ao mundo da economia - talvez não estejamos tão preparados para lidar, de uma forma adequada, com as atuais estratégias de predação. Até a própria expressão é muito ampla, mas eu advirto que a estou utilizando como uma estratégia anticompetitiva de aniquilar concorrentes, sufocá-los, diretamente ou indiretamente, por meio do aumento dos custos desses concorrentes, a tal ponto que pode ser totalmente racional que eles tenham que sair daquele mercado ou não consigam competir pelo mérito.

O grande problema é que, durante os últimos 40 anos, ficamos muito reféns de uma metodologia econômica muito específica, que vem da escola de Chicago, e talvez tenhamos supervalorizado alguns aspectos de racionalidade e desprezado, portanto, o potencial nefasto de inúmeras estratégias de predação. Basta lembrar que, de acordo com a escola de Chicago, a predação é uma atividade que se torna praticamente irracional, porque, considerando que os mercados se auto corrigem, para que uma estratégia de predação pudesse dar certo, teria que haver a comprovação cabal de que o agente vendeu produtos ou serviços abaixo do custo variável mínimo para quebrar os concorrentes e depois ter um tempo de recuperação. Ou seja, são tantos fatores e tantos os requisitos que, na prática, não se consegue configurar esse tipo de ilícito, por mais que haja esforços nesse sentido.

Também durante esses últimos 40 anos, prevaleceu a ideia de que devemos proteger a concorrência, mas não os concorrentes. Isso talvez tenha nos tornado excessivamente insensíveis para uma série de pequenos negócios que, às vezes, não conseguem concorrer. Não porque lhes falta mérito, mas simplesmente porque estão diante de condições concorrenciais extremamente adversas.

A Escola de Chicago também trabalha com uma visão excessivamente otimista em relação à possibilidade de entradas, a autocorreção do próprio mercado e a racionalidade dos agentes econômicos. Tudo isso, de alguma maneira, acabou tornando sem maior interesse a questão da predação.

Acontece que hoje em dia, especialmente diante do cenário atual da economia digital, diante dos resultados que nós já estamos vendo de agentes que tentam entrar nesses mercados, especialmente como *startups*, a questão da predação está despertando maior cuidado, maior atenção. Já conseguimos mapear hoje a estratégia de vários agentes econômicos que

adotam um pouco aquela forma de proceder: ou eu compro ou eu aniquilo o meu concorrente.

E vejam que coisa interessante: em mercados digitais, que muitas vezes tendem a monopólios ou oligopólios, a concorrência não se dá *no mercado*, mas sim *pelo mercado*. Então, quando eu “mato” aquela *startup* pequenininha que está começando, eu posso estar matando, na verdade, a possibilidade concreta de uma rivalidade no futuro. E daí a importância do que nós chamamos de concorrência potencial.

Tal questão é muito interessante porque, quando analisamos a situação competitiva dos mercados digitais e as peculiaridades de uma economia cada vez mais baseada na informação, percebemos claramente que não basta ter mérito, que não basta ser competente para conseguir vencer no mercado. Há todo um ecossistema informacional de conexão do qual depende o sucesso desse agente. É claro que, se esse ecossistema estiver funcionando adequadamente, provavelmente conseguiremos estabelecer aí uma competição pelo mérito. Se esse ecossistema for disfuncional, provavelmente o destino desses entrantes, dessas *startups*, será realmente a quebra ou, na melhor das hipóteses, uma aquisição.

O que percebemos, portanto, ao analisar esses problemas, é que, principalmente para os novos negócios, os desafios são muito grandes. Em primeiro lugar, em razão da assimetria informacional.

No livro muito interessante da professora Shoshana Zuboff, que é “Capitalismo de Vigilância”, ela nos diz que hoje há grandes agentes que sabem de tudo a nosso respeito, enquanto nós não sabemos nada a respeito deles. Ou seja, já houve um negócio de coleta de dados que acontece há anos, às vezes há décadas, sem que muitas vezes nem tivéssemos consciência. Ou seja, às vezes demora um tempo até que a gente perceba o que de fato acontece na nossa economia e na nossa sociedade.

E o fato é que hoje há agentes com um grande conhecimento a respeito de todos nós. E assim como essa assimetria informacional acontece na relação de consumo, na relação entre a plataforma e o consumidor, isso também acontece no plano empresarial, especialmente quando esses agentes concorrem com os seus próprios usuários. Ora, a professora Shoshana Zuboff nos diz algo muito interessante: ela diz que mercados foram pensados como espaços de alocação de risco, mas hoje há agentes que não atuam na premissa da alocação de risco, pois sabem tudo do seu concorrente ou do outro contratante e, portanto, podem agir numa perspectiva de certeza que altera por completo toda a dinâmica do próprio mercado e do próprio contrato.

Hoje há inúmeras formas de exercício abusivo dessa assimetria informacional. Vamos imaginar que um grande agente, dispondo de dados comportamentais e de geolocalização de um potencial cliente, identifique quando este esteja se dirigindo a um rival e, dispondo dessa informação, faça uma oferta concorrente sobre o produto ou serviço que ele antecipa que o usuário vai comprar. Essa hipótese mostra que estamos diante de uma economia muito diferente daquela que já aconteceu no passado, razão pela qual precisamos estar atentos para essas modificações.

Em segundo lugar, estamos diante de uma economia em que plataformas digitais poderosíssimas exercem o controle sobre as “artérias centrais” da atividade econômica e das comunicações. Ou seja, em muitas situações elas, de fato, se colocam como espécie de infraestrutura essencial. Imagine o que é hoje, para um desenvolvedor de softwares e de aplicativos, não ter acesso a plataformas importantes, como, por exemplo, à Apple. Imagine hoje um varejista que eventualmente não tem acesso à Amazon ou que lá não encontre eventualmente um espaço adequado para que possa lá exercer a sua atividade.

Se várias dessas plataformas concorrem também com esses agentes econômicos/usuários, pode haver inúmeros incentivos para atos de abuso de posição dominante, ameaça de concorrência, imitação de inovação e de entradas. E vejam que, em muitos casos, não conseguimos nem mesmo entender a estratégia desses grandes agentes, porque as decisões são algorítmicas e sujeitas a altíssimo grau de opacidade.

Entretanto, eventualmente existem alguns agentes que tentam entender esse mecanismo, como é o caso da Pro Publica, que tem feito um trabalho muito relevante de tentar fazer regressões de decisões algorítmicas para provar inúmeros problemas, incluindo estratégias de predação ou favorecimento indevido. Foi a Pro Publica que descobriu, por exemplo, que engenheiros da Amazon desenharam algoritmos para favorecer seus próprios produtos ou produtos daqueles que adquiriram seus serviços complementares em detrimento de outros concorrentes.

Consequentemente, na atual fase do capitalismo, há a presença de agentes que, como é o caso das plataformas digitais, tornam-se o próprio mercado ou o que chamamos de *marketplace*. Eles têm um poder informacional enorme, eles têm a infraestrutura e eles vão poder estabelecer uma série de práticas que são extremamente nefastas do ponto de vista concorrencial. Eles podem negar o acesso a infraestrutura essencial, eles podem praticar recusa discriminatória de contratação, eles podem se apropriar de informações e dados dos seus competidores, eles podem praticar subsídios cruzados, ou seja, financiarem mercados deficitários por meio do superávit de outros mercados.

Em muitos casos, para uma agente econômico, especialmente para uma *startup*, para um entrante, estar fora da infraestrutura essencial de uma grande plataforma é estar fora do próprio mercado, de forma que essas práticas trazem prejuízo não apenas para os concorrentes, mas também para a concorrência e para a própria inovação. Tanto isso é verdade

que os estudos recentes mapeiam que os investidores em *startups*, os *venture investors*, já vêm considerando esse cenário para suas decisões de investimento. E, se não evoluirmos para imaginar minimamente como eliminarmos esses conflitos de interesses, como repensar o que vem a ser a competição pelo mérito, o resultado é que não haverá entradas nesses mercados ou essas entradas serão, de fato, destinadas à falência.

É muito interessante que recentemente dois relatórios norte-americanos, um da academia e outro do próprio governo norte-americano, procuraram trazer esse assunto à tona, principalmente sob o viés das *startups*. Um deles é um relatório do Stigler Center que foi divulgado no final de 2019, um trabalho muito interessante que mostra inclusive como várias plataformas por diversas maneiras, às vezes dificultando a interoperabilidade, minam a possibilidade de um entrante entrar nesse mercado. Também mostram como muitas vezes são criadas barreiras à entrada, que em muitos casos são insuperáveis.

E aqui há um aspecto muito importante da rivalidade em um mercado digital. Não estamos querendo aqui discutir o mérito de grandes plataformas digitais como Google, Facebook e tantas outras. Porém, muitas delas adquiriram o poder que elas hoje têm exatamente por terem extraído, sem o nosso consentimento e sem a nossa ciência, os nossos dados. Por mais que hoje a Europa conte com o GDPR e o Brasil com a LGPD, a adoção recente de legislações de proteção de dados não vai anular uma vantagem competitiva que grandes plataformas já adquiriram. Por outro lado, quando hoje um entrante ingressa nesses mercados, está sujeito a uma série de obrigações legais em prol da proteção de dados, de forma que dificilmente vai conseguir concorrer com essas plataformas se tiver que cumprir todas as regras relacionadas à proteção dos dados.

Isso causa um problema concorrencial extremamente grave e pode até reforçar o entrincheiramento das grandes plataformas digitais. Na verdade, o relatório do Stigler Center chama atenção para todos esses pontos, mostrando como, de fato, tem sido difícil a vida das *startups*, mencionando o que chamam de *kill zones*, áreas nas quais os investidores já não querem mais investir, porque partem da premissa de que nenhum negócio tem condições ou de se estabelecer ou mesmo de enfrentar minimamente a concorrência dessas plataformas.

E vem aqui uma outra conclusão muito interessante, que diz respeito ao fato de que, nesses mercados, não há margem para uma auto correção. Aqui, de fato, há a necessidade de um pacote que combine diversas medidas, incluindo direito antitruste e regulação, a fim de se encontrarem soluções que possam minimamente tentar possibilitar essa competição pelo mérito. Ou enfrentamos esse problema ou de fato estaremos mantendo condições extremamente adversas para pequenos negócios e, principalmente, *startups* entrarem nesses mercados.

Um outro relatório muito interessante, dessa vez um relatório oficial do governo norte-americano, foi divulgado há aproximadamente um mês. Vale ressaltar que, em um contexto em que temas como esse normalmente acabam despertando debates ideológicos muito intensos, se trata das conclusões de uma comissão bipartidária, composta, portanto, por republicanos e também por democratas. A conclusão foi a de que as vantagens, em termos de dados, que as plataformas hoje já têm sobre pequenas companhias ou *startups* retroalimentam a dominância e servem como grandes barreiras para entrada, mesmo que essas plataformas não exerçam nenhuma estratégia específica de predação. Se, de fato, além de tudo, as plataformas começam a adotar esse tipo de iniciativa exclusionária, a situação é muito mais complicada.

Mesmo nos Estados Unidos, terra do Vale do Silício e de grandes revoluções tecnológicas, a conclusão desse último relatório é que o número de empresas tecnológicas tem declinado. A taxa de empreendedorismo, que é exatamente o percentual de *startups*, de empresas jovens, em relação à indústria também vem caindo de forma significativa. O nível de inovação e investimento também. O que isso quer dizer então para nós? Quantas empresas mais terão que falir e muitas vezes enfrentar procedimentos que, como foram salientados nas brilhantes exposições anteriores, não são capazes de resolver o problema eficientemente, de resolver o problema a tempo, de possibilitar o reingresso dessas empresas no mercado?

E também no relatório se mostra a dificuldade que hoje é rivalizar com base na proteção de dados. Ou seja, quem entra nesse mercado passa a estar sujeito a uma série de restrições que aqueles primeiros agentes não tiveram. E provavelmente não conseguiremos neutralizar as vantagens competitivas que esses grandes agentes já têm, ainda que muitas dessas vantagens sejam o produto ou resultado dos seus próprios ilícitos.

O relatório reforça, portanto, a conclusão de que hoje temos muitos incentivos para a predação e estamos muito longe de um cenário em que as empresas possam competir minimamente pelo mérito. E esse é um problema que nós temos que enfrentar.

Então eu concluo aqui lembrando de uma observação do Professor Carlos Alberto que eu achei muito interessante, no sentido de que, mesmo num cenário normal, não podemos dizer que o empresário que vem a falência seja um pária. Ora, muito menos podemos dizer isso na situação que eu acabei de revelar, porque nós temos uma série de dados empíricos que mostram que, especialmente nos mercados digitais, provavelmente as falências de hoje decorrem, em uma grande proporção, de circunstâncias de mercados extremamente adversas. E isso talvez fosse até uma razão a

mais para tornar os mecanismos de falência mais inclusivos, mais eficientes e mais aptos a possibilitar reingressos mais rápidos, especialmente nos mercados digitais.

Acho que também há oportunidade para pensarmos as causas do insucesso de tantas empresas. Será que, ao não refletirmos sobre as atuais condições competitivas, sobre as estratégias predatórias, não estamos deixando de ver uma parte relevantíssima da realidade? Será que de fato a crise da empresa hoje é tão somente um reflexo do risco? É tão somente um reflexo da ineficiência ou da incompetência do empresário?

Parece-me que manter condições de mercado que sejam propícias à competição pelo mérito é uma prioridade da nossa época, não apenas para inovação, mas também, quem sabe, até para resolver pelo menos em parte o problema da crise da empresa, especialmente nos mercados digitais.

São essas, portanto, as considerações que eu teria a fazer, já agradecendo enormemente pelo convite e reiterando o prazer que é estar com todos vocês. Muito obrigada.

A importância da liberdade econômica: uma breve contextualização à luz da Lei de Liberdade Econômica

Fernanda Linden Ruaro Peringer¹

1. Introdução

O atual cenário político-econômico vivenciado em nosso país onde o liberalismo econômico é a principal “frente de ação” do governo para a retomada da economia ao que tudo indica, trará inovações na forma de interpretação do direito privado. Ou seja, está se encaminhando para significativa readaptação através da qual haverá a valorização da *pacta sunt servanda* nos negócios jurídicos empresariais, diminuindo, consideravelmente, a intervenção estatal nos negócios interpartes.

Nesse sentido, o presente artigo revela-se importante em razão da recente promulgação da Lei da Liberdade Econômica n.º 13.874/2019, que faz parte de uma série de estratégias governamentais fundadas na teoria liberal². Assim, o intuito será demonstrar que a liberdade econômica, igualmente a liberdade, são imprescindíveis para o desenvolvimento de um país.

Para delimitar o conceito acerca da liberdade utilizou-se, dentre outras, a obra de Friedrich August Von Hayek “Os fundamentos da liberdade” (Los Fundamentos de la Libertad), bem como a “Era dos

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. Bolsista. Porto – Alegre – RS.

² Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Liberalismo#cite_note-1. Liberalismo é uma [filosofia política](#) e [moral](#) baseada na [liberdade](#), consentimento dos governados e igualdade diante da lei. Os liberais defendem uma ampla gama de pontos de vista, dependendo da sua compreensão desses princípios, mas em geral, apoiam ideias como um governo limitado, [direitos individuais](#) (incluindo [direitos civis](#) e [direitos humanos](#)), [livre mercado](#), [democracia](#), [secularismo](#), [igualdade de gênero](#), igualdade racial, [internacionalismo](#), [liberdade de expressão](#), [liberdade de imprensa](#) e [liberdade religiosa](#). Acesso em 26/04/2021.

direitos” de Norberto Bobbio”, onde será demonstrado que os direitos do homem passam por transformações no decorrer de sua própria história.

Nesse sentido, ao longo do texto abordaremos a importância da liberdade para o homem como forma de garantir um mínimo existencial com alicerce para uma vida digna, com justiça e igualdade social. Abordaremos, ainda, a necessidade de uma menor interferência das instituições fomentadoras como forma de garantir o desenvolvimento econômico, bem como a liberdade e não menos importante a liberdade econômica.

Por fim, destaca-se que o tema rico para discussão e pesquisa já que a normativa foi recentemente promulgada e há opiniões diversas e conflitantes entre si o faz com que o estudo seja considerado de suma importância. Além disso, o interesse na análise do presente estudo surge em face dos problemas enfrentados hoje pela economia brasileira que se depara, sempre, com sérias dificuldades para se desenvolver e crescer. O método de abordagem utilizado para a realização deste estudo é o hipotético-dedutivo por meio de pesquisa exploratória e de interpretação doutrinária.

2. Teoria liberal x democracia

Nunca houve uma definição de liberdade³. Para Friedrich Hayek, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1974, a liberdade é vista como algo negativo⁴. Nesse sentido, na visão do autor, em sua obra intitulada “Os fundamentos da liberdade”, nos deparamos com a discussão acerca da liberdade individual e coletiva, pormenorizando a questão da liberdade como sinônimo de liberdade política. No entanto, para o autor deveríamos separar as duas liberdades:

³ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Supervisão e introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Editora Visão, 1983. Versão preliminar: Carmen Lídia Richter Ribeiro Moura, Denis Fontes de Souza Pinto, Denise Vreuls, José Vicente da Silva Lessa. Agosto. 2014, p. 27.

⁴ HAYEK. Op. cit. p. 27.

Se trata de lo que comúnmente se denomina libertad política, o sea la participación de los hombres en la elección de su propio gobierno, en el proceso de la legislación y en el control de la administración. Dicha idea deriva de la aplicación de nuestro concepto a grupos de hombres tomados em conjunto a los que se otorga uma espécie de libertad colectiva. Sin embargo, en este específico sentido um pueblo libre no es necesariamente un pueblo de hombres libres⁵.

É possível notar pelo trecho acima que Hayek acreditava na separação da liberdade política da liberdade individual, visto que alguns homens poderiam estar “presos” politicamente a um rei na medida em que outros homens poderiam ser livres na sua vida profissional e pessoal. Fato notório foi o exemplo usado pelo próprio autor em sua obra acima referida onde o mesmo comparou um artesão a um súdito que, apesar do primeiro viver na miséria, possuía maior liberdade do que o segundo que se curvava aos mandamentos de seu súdito.

Ainda, para Adam Smith, considerado o teórico mais importante do liberalismo econômico e um dos grandes pensadores econômicos a economia política era:

A Economia Política, considerada como um setor da ciência própria de um estadista ou de um legislador, propõe-se a dois objetivos distintos: primeiro, prover uma renda ou manutenção farta para a população ou, mais adequadamente, dar-lhe a possibilidade de conseguir ela mesma tal renda ou manutenção; segundo, prover o Estado ou a comunidade de uma renda suficiente para os serviços públicos. Portanto, a Economia Política visa a enriquecer tanto o povo quando o soberano⁶.

⁵ HAYEK, Friedrich August Von. *Los fundamentos de la libertad*. 7 ed. Trad. José Vicente Torrente. Madrid: Unión, 2006. p. 35.

⁶ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: investigações sobre sua natureza e suas causas*. Trad. Luiz João Baraúna. Editora Nova Cultural: São Paulo, 1996. p. 413.

Assim sendo, percebe-se através de referido segmento que Smith preocupava-se com o caráter pragmático da economia política, uma ciência que proporciona tanto aos chefes políticos quanto à sociedade as diretrizes para a produção de riqueza, ou seja, para a obtenção da prosperidade a partir de princípios como a propriedade, o livre-comércio e a divisão do trabalho.

Deste modo, considerando o pensamento de Hayek e de Adam Smith questões acerca da liberdade econômica originam um impasse em como humanizar tal liberdade. Será ela individual ou coletiva? Como humanizar tal liberdade? A liberdade individual existe quando há ausência de coerção, ou seja, quando o indivíduo tem o poder de fazer o que bem entende. Já a liberdade coletiva é o desejo de um bem comum⁷ sem, no entanto, esquecer-se da liberdade alheia.

De irrefutável importância para o tema citar a obra de Norberto Bobbio, “A era dos direitos” onde o autor tece considerações sobre as liberdades tradicionais afirmando que as mesmas implicam em obrigações negativas e, em contrapartida, os direitos sociais estabelecem uma prestação positiva enfatizando um problema na proteção que é tida como uma questão política e não como mera justificativa filosófica⁸.

No entanto, o intuito deste estudo é discutir a liberdade em seu sentido econômico e como a mesma poderá ser indispensável como instrumento para a conquista da dignidade. E, se utilizarmos o entendimento de Hayek nos deparamos com a ideia de que a igualdade, bem como os princípios que criam as normas de forma geral são, na realidade, um atributo que nos garantem a igualdade e nos traz a liberdade⁹.

⁷ TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas, DA CUNHA, Belinda Pereira. **A liberdade econômica como pressuposto para o desenvolvimento nacional**. Disponível em: [file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/191-Texto%20do%20artigo-568-1-10-20170523%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/191-Texto%20do%20artigo-568-1-10-20170523%20(2).pdf) Acesso em 05/05/21.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Calos Nelson Coutinho. 7ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁹ TEIXEIRA. Op. cit. Acesso em 05/05/21.

Desta forma, Hayek destaca que a liberdade é essencial para o que inesperado aconteça e, por mais humilhante que seja o ser humano deve reconhecer que o progresso e, até mesmo a preservação da civilização, dependem de oportunidades para que as coisas possam ocorrer¹⁰. Além disso, afirma que:

A igualdade perante a lei gera a exigência de que todos os homens tenham também a mesma participação na elaboração da lei. É este o ponto de convergência do liberalismo tradicional e do movimento democrático. No entanto, estas duas correntes de pensamento buscam objetivos diferentes. O liberal (na acepção dada ao termo na Europa do século XIX, à qual nos ateremos ao longo deste capítulo) visa sobretudo a limitar os poderes coercitivos de todos os governos, democráticos ou não, ao passo que o democrata dogmático só reconhece um limite para os governos — a opinião corrente da maioria. A diferença entre os dois ideais se tornará mais clara se definirmos seus opostos: o oposto de democracia é governo autoritário; o de liberalismo é totalitarismo. Nenhum dos dois sistemas exclui necessariamente o oposto do outro: a democracia pode exercer poderes totalitários, e um governo autoritário pode agir com base em princípios liberais¹¹.

Ainda nesse sentido, para Bobbio um Estado liberal não é necessariamente um Estado democrático. Muito pelo contrário, o Estado liberal existe em sociedades onde o Estado atua de forma bastante restrita limitado às classes possuidoras¹². Além disso, entende o autor que em um governo democrático não existe necessariamente um Estado liberal, ou seja, *“ao contrário, o Estado Liberal clássico foi posto em crise pelo*

¹⁰ HAYEK, Op. cit. p. 45.

¹¹ HAYEK, Op. cit. p. 121.

¹² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Editora: brasiliense. 6ª ed. 1994, 4ª reimpressão, 2000, São Paulo, p. 8.

*progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio universal*¹³.

Seguindo essa linha, Luciana Yeung assegura que a proposta liberal clássica sugere uma intervenção mínima, mas não nula do Estado na atividade econômica, bem como da supressão de regras legais burocráticas e custosas com o viés de anular os custos de transação¹⁴. Afirma, também, que os fundadores da ciência econômica alertaram sobre a importância da liberdade para o bem-estar da população, bem como para o desenvolvimento¹⁵.

Dentro desse contexto, Yeung destaca que:

“Eu como economista defendo a liberdade econômica, porque acredito que pelos estudos e experiências internacionais e históricas esse é o melhor caminho para se garantir a democracia. Não para um grupo pequeno, mas para a sociedade como um todo. Os países que adotaram a liberdade econômica, foram os aqueles que conseguiram a prosperidade mais rapidamente e de maneira mais sustentada”¹⁶.

E, para Bobbio, indo ao encontro de Yeung, *“o liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social”*¹⁷.

¹³ BOBBIO. Op. cit. p. 7-8.

¹⁴ YEUNG, Luciana. *Friedrich Hayek, Liberdade econômica, a MP e a lei de liberdade econômica: por que é necessária?* In. Coordenação: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*, 1.ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020. p. 75-76.

¹⁵ YEUNG. Op. cit. p. 77.

¹⁶ YEUNG, Luciana. *Liberdade econômica e o melhor caminho para gerar riqueza e prosperidade*. Disponível em <https://www.institutomillennium.org.br/luciana-yeung-liberdade-economica-e-o-melhor-caminho-para-gerar-riqueza-e-prosperidade>. Acesso em 19/09/2020.

¹⁷ BOBBIO. Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Editora: brasiliense. 6ª ed. 1994, 4ª reimpressão, 2000, São Paulo, p. 8.

Sendo assim, para encerrar o presente tópico, é de irrefutável importância destacar que liberdade econômica não é um Estado sem função ou denominado como Laissez-faire, que representa uma das principais ideias da economia liberal. O modelo econômico defende que o Estado deve garantir apenas as condições adequadas, como o direito à propriedade. O restante deve se desenvolver de forma natural¹⁸.

Hayek sustenta que existe uma grande confusão sobre o entendimento da proposta da liberdade econômica. Ao conceituar a liberdade econômica, o mesmo defende a pretensão do melhor uso possível das forças de competição como meio de coordenação dos esforços humanos onde o Estado tem funções e papéis muito claros como, por exemplo, nos casos de falha de mercado, ou seja, monopólios, poder de mercado, externalidades (positivas ou negativas)¹⁹.

Nesse passo, em que pese a importância e relevância para compreensão do tema, impõe-se uma importante consideração acerca da liberdade econômica como forma de desenvolvimento e crescimento econômico a fim de complementar este estudo. Desta forma, perquiridas as premissas acerca da liberdade, bem como da teoria liberal e da democracia trataremos a seguir da liberdade econômica como mecanismo de desenvolvimento.

3. Liberdade econômica como mecanismo para o desenvolvimento e crescimento econômico

O ponto crucial acerca da Lei de Liberdade Econômica Lei n.º 13.874/2019, é resolver o problema do empreendedorismo no Brasil. Ademais, referida lei surgiu, primeiramente, através da Medida Provisória n.º

¹⁸ YEUNG, Luciana. *Friedrich Hayek, Liberdade econômica, a MP e a lei de liberdade econômica: por que é necessária?* In. Coordenação: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*, 1.ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020. p. 80.

¹⁹ YEUNG. Op. cit. p. 80.

881/2019, e chamou muito a atenção de alguns doutrinadores no que diz respeito a necessidade de criar lei específica com o viés de garantir a liberdade econômica se a nossa Constituição Federal, que em seu artigo 170, já prevê expressamente o tema. Nesse sentido, para Yeung “*não seria o extremo do contraditório precisar de uma lei para se garantir a não interferência legal?*”²⁰.

Na realidade a proposta da MP n.º 881 soava confusa e contraditória, mas aos poucos a questão acerca da necessidade de uma lei expressa sobre o tema foi ganhando espaço e entendimento nos meios jurídicos. Já dizia Luciana Yeung:

“Na verdade, o que me fez mudar de posicionamento foi a lembrança de diversos fatos e evidências da realidade de nosso país, constatada ao longo de décadas de atuação como economista, onde minha primeira e principal preocupação sempre foi com o crescimento econômico brasileiro (ou a falta dele). Este é um lugar – e também um momento histórico – em que precisamos repetir por diversas e diversas vezes várias obviedades que vão sendo esquecidas ao longo do processo de desenvolvimento de nossa Nação. Apesar de nossa curta História insistimos em esquecer as lições aprendidas com os erros do passado. Com isso, as frustrações vão se repetindo e o aprendizado nunca efetivamente concluído (...) Com tantas lições não aprendidas, com tantos erros que se repetem ciclicamente, explicitar a importância da liberdade econômica talvez não seja tão inaceitável assim. Afinal, o que é realmente inaceitável é o grau de adversidade, dificuldades e intolerância que a atividade econômica sempre enfrentou no Brasil”²¹.

No que compete ainda à liberdade econômica Luciana Yeung destaca:

O conteúdo da “MP da Liberdade Econômica” precise mesmo ser explicitado e, a liberdade, assim como todos os demais direitos fundamentais, precisa ser

²⁰ YEUNG, Op. cit. p. 76.

²¹ YEUNG, Op. cit. p. 76.

expressa e garantida em alto e bom tom. Porém, a liberdade econômica, quando garantida, tem como consequência a geração de riqueza e recursos materiais, ao contrário das outras, que consomem riqueza e recursos para serem garantidas²².

Para Fábio Ulhoa Coelho a LLE é oportuna e necessária, pois as relações sociais e econômicas estão cada vez mais complexas. O direito hoje não consegue resolver os conflitos existentes e a sua capacidade de prevenção é bastante reduzida. O mesmo autor acredita que as normas positivadas não moldam e não organizam a sociedade, mas dizem somente como o julgador irá se comportar diante de um conflito²³.

Na visão do autor a criação da LLE foi importantíssima, pois até o momento não havia concretude por meio de normas de direito positivo, mas apenas alguns princípios tidos como constitucionais. O princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170, da Constituição Federal de 1988, não dispunha de uma lei ordinária e, por isso, não dispunha de concretude no ordenamento jurídico até a edição de referida lei²⁴.

Entendida a necessidade sobre a criação de lei exclusiva sobre a liberdade econômica, surge mais uma questão: o que compõe a liberdade econômica? Para Gwartney e Lawson a liberdade é composta pelos seguintes elementos: escolha individual pessoal, trocas voluntárias, liberdade para competir e proteção legal à pessoa (vida) e a propriedade²⁵. E continua, “*encontramos que os níveis de liberdade econômica (...) são causados*

²² YEUNG. Op. cit. p. 77.

²³ COELHO. Fábio Ulhoa. *Princípios constitucionais na interpretação das normas de direito comercial*. In: Coordenação: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*, 1.^a ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020. p. 436.

²⁴ COELHO. Op. cit. p. 436.

²⁵ YEUNG. Op. cit. p. 83.

*pele nível de liberdades individual e política (...). Este resultado apoia a visão de que os vários aspectos da liberdade são relacionados*²⁶.

Na concepção de Hayek a liberdade econômica é a única forma de garantir a democracia sendo necessária às atividades econômicas. O cidadão tem que ter direito à escolha, mas isso, inevitavelmente, traz risco²⁷. No entanto, para Luciana Yeung o povo brasileiro não está preparado para os ensinamentos de Hayek, visto que, ao considerar o cidadão como alguém, que, diversas vezes, precisa ser protegido porque é hipossuficiente e até mesmo “fraco”. A economista acredita que o motivo dos juristas ponderarem a sociedade brasileira tão despreparada para tal responsabilidade, ou seja, para responder por suas escolhas é algo que precisa ser entendido²⁸.

Importante pautar a relação positiva entre liberdade econômica e desenvolvimento/crescimento econômico, visto que além de já ter sido enfatizada nos antepassados pelos grandes pensadores clássicos, se tornou também um conhecimento consolidado na ciência econômica, especialmente com o advento da Nova Economia Institucional que teve início em meados dos anos 60. Nesse sentido, baseando-se em evidências empíricas “*Douglass North e Robert Fogel (ambos ganhadores do prêmio Nobel de Economia de 1993) enfatizaram a necessidade de instituições fomentadoras ao desenvolvimento econômico, das quais se destaca a liberdade, e não menos a liberdade econômica*”²⁹.

Dentro deste contexto é que Dawson acreditava que onexo causal entre liberdade econômica e crescimento está relacionado ao uso dos mercados, neste caso, mercados competitivos, bem como direitos de

²⁶ DAWSON, John W. *Causality in the freedom-growth relationship*. *European Journal Political Economy*, v. 19, n. 3, p. 493-494.

²⁷ HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom: Text and documents: The definitive edition*. Routledge, 2014, p. 133.

²⁸ YEUNG, Op. cit. p. 81.

²⁹ YEUNG, Op. cit. p. 82.

propriedade. De forma geral, o autor enfatizava a importância da liberdade econômica, o direito de propriedade e o papel dos mercados livres como condicionante da prosperidade econômica de longo prazo³⁰.

Indo ao encontro dos grandes pensadores clássicos acerca da necessidade de limitar a atuação do Estado para que haja desenvolvimento econômico e bem-estar da população, pois aquele é considerado extrativista e inclusivo, Luciana Yeung afirma:

Nunca conseguimos de maneira coesa empurrar a ideia da liberdade econômica para frente. Sempre fomos reféns do Estado, das regulações, de grupos corporativistas que ganham a proteção da indústria nacional, da manutenção de benefícios para determinados grupos. Esse conceito ainda é entendido como explorador, do grande empresário contra os trabalhadores. Enquanto isso perdurar, não iremos prosperar, porque não vai ser do Estado que vai vir a riqueza da nação, e sim da atividade econômica dos indivíduos. Historicamente sempre foi assim, por isso temos que continuar. Apesar da lei ter sido aprovada, não basta. Essa lei não pode se tornar mais uma dessas que não pegam, ela precisa virar uma cultura³¹.

Ainda, para Paula Forgioni *“As faculdades advindas das liberdades constitucionais não são atribuídas aos agentes para que eles possam “fazer o que quiser”, mas para viabilizar o adequado funcionamento do mercado, gerando riquezas, impostos, empregos e bem-estar social”*.³² Ademais, na visão de Yeung os brasileiros têm dificuldade de compreender de onde vem a riqueza e a fonte de desenvolvimento do país inserindo todos os

³⁰ DAWSON. Op. cit. p. 493-494.

³¹ YEUNG, Luciana. **Liberdade econômica e o melhor caminho para gerar riqueza e prosperidade**. Disponível em <https://www.institutomillennium.org.br/luciana-yeung-liberdade-economica-e-o-melhor-caminho-para-gerar-riqueza-e-prosperidade>. Acesso em 19/09/2020.

³² FORGIONI, Paula. **A interpretação dos contratos empresariais e a Lei nº 13.874, de 2019**.

créditos ao Governo que por anos arruinou as oportunidades de crescimento nacional³³.

Nesse sentido, entende Fabio Ulhoa Coelho que “o Estado presta serviços públicos e tem papel subsidiário na Economia, exceto nas atividades econômicas que a Constituição Federal lhe reserva etc”³⁴. O autor crê, ainda, que o Estado é um dos instrumentos de gestão da economia, e, por sua vez, o capitalismo é um sistema econômico de crises e injustiças periódicas permanentes³⁵. Por fim, destaca que a intervenção do Estado na economia deve dar-se de duas formas: ampliando ou reduzindo, mas em um movimento contínuo de avanços e também, quando necessário, com recuos e foco visando uma melhor gestão capitalista³⁶.

No entanto, há quem tenha posição contrária da que foi até agora exposta. Nesse sentido com relação ao crescimento econômico entende Welber Barral, que é indispensável considerar fatores sociais, culturais, participação democrática, equidade e um poder judiciário eficiente com o intuito de criar regras objetivas para que não ocorra somente um mero crescimento econômico³⁷.

Na realidade Barral quis demonstrar que havendo intervenção do Estado na atividade econômica, bem como social e cultural haverá uma transformação da realidade de toda a sociedade de maneira coletiva sem a concentração de renda apenas para uma parte da sociedade. O autor acredita, ainda, que através da intervenção do Poder Público haverá, necessariamente, uma redistribuição do capital, que não se restringe apenas ao acúmulo de riqueza, mas sim, a um capitalismo funcional.

³³ YEUNG. Op. cit. p. 77.

³⁴ COELHO. Op. cit. p. 431.

³⁵ COELHO. Op. cit. p. 432.

³⁶ COELHO. Op. cit. p. 432.

³⁷ BARRAL, Welber (Org.) **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

Há que se destacar também o posicionamento de Amartya Sen com relação à intervenção do Estado na atividade econômica. Para a autora a participação do Estado através de políticas públicas faz toda a diferença no desenvolvimento de um país, visto que, quando o Estado aplica recursos para ações específicas, ao final, dará uma qualidade melhor aos cidadãos criando capacidade de desenvolvimento, configurando a sociedade civil, onde o Estado deverá buscar estratégias para dar suporte ao processo de instrumentalização ao desenvolvimento³⁸.

Percebe-se através do pensamento de Barral e de Sen que a busca pelo desenvolvimento de um país tem como foco principal o homem, visto que o mesmo será o maior beneficiado. Desta forma, os autores acreditam que o melhor investimento para a sociedade é ter sempre como prioridade a educação e políticas públicas que criarão, por consequência, oportunidades para que o Brasil consiga competir com países já desenvolvidos.

Há que se ressaltar que a matéria do presente estudo enfrenta grandes embates e discussões, pois não há um consenso a respeito do tema. E, nesse diapasão importante elencar o entendimento de Ana Frazão que questiona se de fato a liberdade econômica será assegurada apenas por meio de desregulação ou da prevalência do que se chama de livres mercados?³⁹. Acredita, ainda, que para haver crescimento econômico deve haver: simplificação tributária, educação e créditos⁴⁰.

Inicialmente, para a autora questões acerca da liberdade econômica são postas em cheque: “*A liberdade econômica é liberdade formal? É aquela medida por indicadores agregados, como renda per capita, mas que*

³⁸ SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

³⁹ FRAZÃO, Ana. **Liberdade econômica pra quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social**. In: Coordenação: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 1.ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020. p. 90.

⁴⁰ FRAZÃO. Op. cit. p. 105.

*não levam em consideração os efetivos projetos de vida das pessoas ou mesmo uma igualdade mínima de oportunidades?*⁴¹ Como resposta a professora destaca o pensamento de Jefferey Sachs que ressaltou que crescimento econômico injusto gera desordem⁴².

Nota-se pelo disposto que Frazão cerca-se do entendimento de que o crescimento econômico injusto é receita para a desordem. Ou seja, para a mesma os estudos têm mostrado que as desigualdades vêm atingindo níveis insuportáveis comprometendo inclusive o desenvolvimento econômico ao contrário do que afirma Luciana Yeung.

O que se denota em relação às questões abarcadas é que a própria autora enfatiza pontos sobre em que grau a liberdade econômica não deve estar fundamentalmente alicerçada a discernimentos mínimos de justiça social. Para Ana Frazão a LLE confundiu desburocratização com desregulação partindo da premissa de que mercados podem existir sem estado e sem direito⁴³. Ainda, para a Frazão a Lei de Liberdade Econômica:

Adota a compreensão de liberdade econômica a partir das concepções do liberalismo econômico, que não apenas são parciais, enviesadas e reducionistas, como desconhecem por completo a ordem econômica constitucional brasileira. É por essa razão que, longe de nos levar a um crescimento sustentável, associado igualmente às ideias contemporâneas de desenvolvimento, a implementação dos valores propostos pela Lei de Liberdade Econômica e por outros diplomas legislativos que seguem o mesmo caminho pode nos levar a uma total subversão dos princípios constitucionais, com efeitos nefastos não apenas sobre o crescimento econômico e sobre o empreendedorismo, mas, sobretudo, sobre os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos brasileiros⁴⁴.

⁴¹ FRAZÃO. Op. cit. p. 90.

⁴² SACHS. Jefferey. *Por que as cidades ricas se rebelam. Crescimento econômico injusto é receita para a desordem, não para bem-estar*. Valor econômico. Edição de 24.10.2019, Apud FRAZÃO, Ap. 90.

⁴³ FRAZÃO. Op. cit. p. 90.

⁴⁴ FRAZÃO. Op. cit. p. 91.

No entendimento de Frazão não há contradição entre liberdade de iniciativa, justiça social e democracia. A liberdade econômica é vista sob um aspecto formal atrelada aos livres mercados e uma forma de manter a liberdade apenas para a elite perpetuando a desigualdade em relação aos menos favorecidos⁴⁵.

Nesse sentido, para John Rawls e Ronald Dworkin é impossível falar em liberdade efetiva tanto no desdobramento econômico quanto nos outros, sem, no entanto, pensar também nos critérios ínfimos de justiça social que possam garantir a todas as pessoas certa igualdade nos pontos de partida⁴⁶. Também, para Immanuel Kant a liberdade e igualdade são indissociáveis. Não há liberdade de um que possa ser alcançada às custas de outra pessoa, ou seja, a dignidade da pessoa humana é central para compreensão das constituições democráticas. Liberdade de iniciativa é vista a partir de uma justiça social⁴⁷. Com efeito, para Dworkin “a concepção liberal de igualdade é o nervo do liberalismo”⁴⁸.

Para Frazão a liberdade econômica, principalmente no Brasil, não deve estar atrelada unicamente a medida de indicadores como renda *per capita* que não levam em consideração os efetivos projetos de vida das pessoas ou, ainda, a uma igualdade mínima. A liberdade econômica deve andar ao lado dos direitos sociais e exemplo disso são as cidades exemplos de desenvolvimento econômico e que estão insatisfeitos (Paris, Hong Kong, Santiago) com foco nos movimentos sociais⁴⁹.

⁴⁵ FRAZÃO. Op. cit. p. 91

⁴⁶ RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. *Apud* FRAZÃO. Ana. *Apud* SACHS, Jeffrey. **Por que as cidades ricas se rebelam. Crescimento econômico injusto é receita para a desordem, não para bem-estar**. Valor econômico. Edição de 24.10.2019, p. 91.

⁴⁷ FRAZÃO. Op. cit. p. 92.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 272.

⁴⁹ FRAZÃO. Op. cit. p. 90.

Com efeito, na visão de Frazão a ideia predominante da LLE é de que o mercado possa substituir o Estado como força regulatória da sociedade sendo crítica a essa ideia, pois princípios da nossa Constituição Federal são contrários a essa concepção⁵⁰.

Traçados esses paralelos sobre o entendimento de liberdade, bem como da Lei de Liberdade Econômica do Brasil, através do pensamento de alguns doutrinadores, percebe-se que a doutrina brasileira enfrentará por algum tempo muitos dilemas a respeito da matéria. Contudo, apesar dos entendimentos diversos não restam dúvidas de que o empreendedorismo no país deve ser valorizado sendo necessário readequar o papel entre Estado com o intuito de impedir intervenções abusivas e vedar intervenções impróprias. O Brasil não pode continuar vivendo de favores estatais havendo consenso de que é imprescindível desburocratizar e destravar a economia.

4. Conclusão

A liberdade econômica é hodiernamente um meio para atingir a dignidade humana, uma vez que o sistema de mercado imposto é o capitalismo. De acordo com o nosso ordenamento jurídico, temos uma tutela jurisdicional que busca a livre concorrência e, não menos importante, a liberdade econômica.

Desta forma, independente do pensamento que se tenha acerca do liberalismo e da democracia, a Lei de liberdade Econômica é um divisor de águas no direito brasileiro. A liberdade humana está prevista na nossa Constituição Federal como um direito inalienável e, portanto, o direito ao trabalho e de empreender faz parte dessa retórica.

⁵⁰ FRAZÃO. Op. cit. p. 99.

Sobre a liberdade econômica dizia Fred McMahon: *“onde as pessoas são livres para buscar suas próprias oportunidades e fazer suas próprias escolhas. Elas levam vidas mais prósperas, felizes e saudáveis”*⁵¹. Ou seja, a liberdade econômica traz o bem-estar.

Desta forma, a livre iniciativa é um elemento essencial do capitalismo devendo ser aplicada na prática para funcionar com eficiência. No entanto, sabemos que no Brasil a justiça social visa devolver a vida tanto no sentido biológico como no sentido de autonomia como, por exemplo, erradicação da pobreza e a inclusão social. Contudo, é necessário reconhecer a empresa privada como uma importante geradora de trabalho e tributos, pois é através da mesma que se fomenta a riqueza local, regional, nacional e global.

A LLE vai muito além da desburocratização, pois ela tem um caráter metaregulatório. Ou seja, traz reflexões sobre a estrutura da relação do Estado com o agente econômico. A preocupação da LLE é rebalancear a relação de um Estado regulador com os agentes econômicos. E mais, tem como intuito refrear a ação do Estado que até o momento o fazia de maneira inorgânica/metastática, ou seja, o Brasil vinha crescendo de forma desorganizada afetando diversas áreas.

No país, há um crescimento exacerbado da regulação estatal de maneira descontrolada. Contudo, a questão do entendimento principal que muitos estudiosos têm não versa sobre regular ou não regular, mas sim em como regular.

5. Referências

BARRAL, Welber (Org.) **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005;

⁵¹ MCMAHON, Fred. Disponível em: <https://6minutos.uol.com.br/economia/brasil-sobe-so-uma-posicao-em-ranking-de-liberdade-economica/>. Acesso em 07/05/21.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Calos Nelson Coutinho. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 4ª reimp. Editora: brasiliense. 6ª ed. 1994, São Paulo, 2000;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios constitucionais na interpretação das normas de direito comercial**. In: Coordenação: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 1.ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020;

DAWSON, John W. **Causality in the freedom-growth relationship**. *European Journal Political Economy*, v. 19, n. 3;

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

FORGIONI, Paula. **A interpretação dos contratos empresariais e a Lei nº 13.874, de 2019**;

FRAZÃO, Ana. **Liberdade econômica pra quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social**. In: Coordenação: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 1.ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020;

FRAZÃO, Ana. *Apud*. SACHS, Jefferey. **Por que as cidades ricas se rebelam. Crescimento econômico injusto é receita para a desordem, não para bem-estar. Valor econômico**. Edição de 24.10.2019;

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Supervisão e introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Editora Visão, 1983. Versão preliminar: Carmen Lúcia Richter Ribeiro Moura, Denis Fontes de Souza Pinto, Denise Vreuls, José Vicente da Silva Lessa. Agosto. 2014;

HAYEK, Friedrich August Von. **Los fundamentos de la libertad**. 7 ed. Trad. José Vicente Torrente. Madrid: Unión, 2006;

HAYEK, Friedrich A. **The road to serfdom: Text and documents: The definitive ediction**. Routledge, 2014;

MCMAHON, Fred. Disponível em: <https://6minutos.uol.com.br/economia/brasil-sobe-so-uma-posicao-em-ranking-de-liberdade-economica/>. Acesso em 07/05/21.

RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. *Apud* FRAZÃO, Ana. *Apud* SACHS, Jefferey. **Por que as cidades ricas se rebelam. Crescimento econômico injusto é receita para a desordem, não para bem-estar**. Valor econômico. Edição de 24.10.2019;

SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000;

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: investigações sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. Editora Nova Cultural: São Paulo, 1996;

TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas. DA CUNHA, Belinda Pereira. **A liberdade econômica como pressuposto para o desenvolvimento nacional**. Disponível em: [file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/191-Texto%20do%20artigo-568-1-10-20170523%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/191-Texto%20do%20artigo-568-1-10-20170523%20(2).pdf) Acesso em 05/05/21;

YEUNG, Luciana. **Friedrich Hayek, Liberdade econômica, a MP e a lei de liberdade econômica: por que é necessária?** In. Coordenação: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**, 1.^a ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020;

YEUNG, Luciana. **Liberdade econômica e o melhor caminho para gerar riqueza e prosperidade**. Disponível em <https://www.institutomillennium.org.br/luciana-yeung-liberdade-economica-e-o-melhor-caminho-para-gerar-riqueza-e-prosperidade>. Acesso em 19/09/2020.

3

Problemas na interpretação da atividade econômica não-empresaria

Gustavo Saad Diniz¹

Muito obrigado professor Oksandro. Eu inicio com agradecimento aos organizadores das Pontifícias Universidades Católica do Paraná e do Rio Grande do Sul. E, eu o faço, no nome do professor Oksandro e do professor Lupion, pelo gentil convite, pela oportunidade de participar de um evento tão importante e significativo, principalmente especulativo, que nos permite avançar cientificamente. Isso é muito interessante, é uma grande virtude do evento. Aproveito também para cumprimentar os companheiros de bancada, os professores Miguel e Mariana. E, também, pela excelência de ambas as palestras porque, como disse o professor Oksandro, deixaram ambas diversos questionamentos, diversas provocações e só eventos assim permitem isso. E, eu quero aproveitar para uma intervenção também especulativa e provocativa, por isso escolhi um tema, digamos assim, limítrofe para trabalhar. São as atividades econômicas, normalmente de produção e normalmente de prestação de serviços, mas que para as nossas qualificações jurídicas não são efetivamente enquadráveis naquilo que chamamos no Brasil como empresário e atividade empresarial. Todas essas situações, suportes fáticos, limítrofes, híbridos, normalmente geram controvérsia na interpretação, dificuldade, insegurança muitas vezes na solução de problemas, desde o surgimento, da origem de referidas situações, até a sua extinção. Do começo ao fim a gente

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP-Ribeirão Preto

tem problemas para atravessar. E o que eu estou dizendo aqui, basicamente, são situações, suportes fáticos em que a gente identifica atuações econômicas tanto de organizações hierarquizadas, como também de estruturas contratuais, que de algum modo escapam à previsão específica da legislação, aquela qualificação jurídica tradicional do art. 966 do Código Civil para empresário e que nos traz um desconforto danado para as soluções jurídicas. Isso também para outras legislações. Então, esses os temas que pretendo enfrentar basicamente com dois enfoques: um do enfoque de organizações hierarquizadas e em outro, minimamente, de contratos relacionais. Isso se eu conseguir superar e equacionar direitinho meu tempo. E, para estas estruturas hierarquizadas, eu proponho três grandes temas, *borderline*, limítrofes, nesta minha análise. Nomeadamente: Produtor rural, Fundações e Associações com atividades econômicas e Cooperativas. Todos com situações em que nós temos a dificuldade interpretativa e eu vou do mais, digamos assim, palpável ao mais abstrato em termos de solução do que temos em doutrina e jurisprudência.

Se a gente pega, por exemplo, o produtor rural, o que a gente acaba identificando com ele, hoje em dia, é uma dificuldade muito grande derivada da opção do nosso legislador civil, no artigo 971. Para quem é da graduação me permitam só esta reminiscência didática: nosso 971 do Código Civil deixou como opção ao produtor rural a sua facultativa inscrição, de modo que ele é considerado empresário, mas a sua inscrição é facultativa. É um dispositivo que ficou dormente no Código Civil, até que ele desabrochou com a vinda de uma crise econômica que no Brasil parece que perdura por muito tempo, não é só pandêmica, ela vem de outros tempos. Aí, com essa situação toda, os produtores rurais construíram uma tese vencedora no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, fazendo que esta facultatividade de inscrição lhes permitisse se inscrever de imediato como

empresário, e se utilizar logo em seguida do benefício da recuperação judicial, superando a exigência da Lei de Recuperação de Empresas e Falência brasileira (a 11.101), superando a exigência de uma prévia inscrição por 2 dois anos. Eu faço essa reminiscência didática com respeito a todos os alunos e alunas da graduação. Então, por conta de uma situação como essa, abruptamente produtores rurais começaram a pedir recuperação judicial, com reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, na 3ª turma, no recurso especial 1.800.032 e, na 4ª turma, recentemente, no recurso especial 1.811.953. Ambas as turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça, com reconhecimento e estabilização dessa possibilidade de pedido de recuperação pelos produtores rurais. Naturalmente, que a toda a ação corresponde a uma reação. Muitas vezes a reação vem em termos de custos. O Jornal Valor Econômico no dia 10 de junho de 2020, já constatou um aumento do custo do crédito para o produtor rural e todos bem sabem como é relevante o agronegócio no Brasil, que vem atravessando todas essas tormentas e muitas vezes com projeções sempre positivas para nosso produto interno bruto. Mas, voltando ao raciocínio: já houve uma constatação de aumento do custo crédito para o produtor rural em função desses pedidos de recuperação. Agora, até aí nós estamos diante de uma interpretação de uma situação fática transitória. O trânsito do empresário, com inscrição facultativa para um empresário cuja inscrição pode ser imediata com benefício de recuperação judicial. Qual consequência disso para um credor? A consequência é que ele emprestou para um produtor rural mensurando custos sem a possibilidade de uma recuperação. De repente, agora a recuperação é possível para esses produtores, muitas vezes com efeitos novacionais de um plano de recuperação que pode destruir a base econômica daquele empréstimo feito ao produtor rural. Essa é uma questão importante de custos, mas não só essa transição que a gente precisa constatar. O fato é que agora também esses produtores

rurais começaram a se dizer em grupos econômicos: muitas vezes são vários familiares, eles têm lá uma agropecuária, eles têm lá uma estrutura de *trading* ou uma estrutura agronegocial paralela à sua atividade produtor que é feita com estímulos tributários. E, aí ele pede a recuperação alegando estar inserido num grupo econômico. Essa situação de grupo econômico traz um outro problema muito grave para o Brasil que é a nossa concepção legislativa de lei de recuperação feita para unidades econômicas isoladas e não agrupadas. A nossa lei de recuperação não é montada para grupos e, essa omissão fez com que a jurisprudência construiu a versão brasileira da consolidação substancial de ativos que se tem verificado nos Estados Unidos. E não a consolidação processual que a gente vê no modelo alemão. Para breve, o projeto de lei n.º 6229 traz a possibilidade de consolidação substancial e processual em grupos econômicos. Mas isso é *de lege ferenda*. *De lege lata* a gente não tem isso, ainda. E, os produtores rurais agora também começaram a pedir recuperação em grupos econômicos. Consequência disso: essa interpretação do STJ – Tribunal de pacificação interpretativa da legislação infraconstitucional – resta como precedente e precisa ter as consequências analisadas. Assim, eu convido todos a fazer uma análise do muito interessante observatório de recuperação da faculdade da PUC de São Paulo conduzido pelos professores Marcelo Sacramone, Marcelo Nunes Guedes e Ivo Waisberg. Eles constataram que somente grandes atividades empresariais conseguem acesso em termos de custos a um processo recuperacional. Então, esse tipo de interpretação, especialmente superando a exigência de dois anos de antecedência e consolidando substancialmente aquilo que não é grupo (porque não há elemento controle), esse tipo de interpretação traz um acréscimo de custos não somente para grandes produtores, mas principalmente para os pequenos produtores que foram atingidos diretamente por esse tipo de

interpretação. Essa é a primeira constatação e percebam que falei do produtor rural na formação de grupos e na crise.

E agora eu vou pegar esses mesmos temas e vou transferir para uma outra situação *borderline* da minha proposta: se pegarmos estruturas hierárquicas e organizacionais que são fundações e associações, não temos nessas duas estruturas um elemento muito importante que é apropriação de superávit econômico. A essa apropriação de superávits econômicos numa estrutura organizacional societária chamamos de lucro; e não tem lucro em fundações e nem tampouco em associações. Ocorre, em verdade, um superávit econômico que necessariamente precisa ser reinvestido nessas duas estruturas organizacionais, cada qual com sua peculiaridade: uma com base de pessoas e a outra com a base de um patrimônio vinculado a uma finalidade. Pois bem. O fato é que essas duas estruturas podem ter uma atividade econômica, meio, de sustentação da sua atividade-fim. Nas Fundações, necessariamente de benemerência (basta dar uma olhada no artigo 62 do Código Civil). Nas Associações, eu posso ter outros tipos de atividade, mas de qualquer modo eu preciso reinvestir esse superávit econômico. Nas Fundações, essa é uma realidade conhecida no direito europeu, com a possibilidade de atividades econômicas – que eles nem se envergonham muito em dizer – empresariais dentro de Fundações. As teses espanholas de um autor chamado Urbano Valero Agundez, sobre a “Fundacion como forma de empresa”, são dos anos 60. Na Alemanha, a *Unternehmenstiftung* (fundação empresa) é amplamente conhecida e utilizada. Isso porque é preciso que o patrimônio de uma Fundação seja perene, seja estável, que ele possa gerar resultados para dar conta das atividades benemerentes para as quais ela se volta em termos de atividade-fim. O fato é que, numa situação como essa, eu tenho numa Fundação, por exemplo, uma atividade empresarial que pode ser a prestação de serviços de saúde ou a prestação de serviços educacionais. Em alguns casos com

cobrança de quem pode pagar para sustentar quem não pode pagar. Isso é extremamente comum, inclusive no Brasil, com um reconhecimento mais estável desse tipo de situação na doutrina. O problema é interpretar as consequências. E, interpretá-las, com a fundação empresa tentando se expandir, tentando expandir suas atividades e interpretar a fundação empresa em crise. Na primeira situação é difícil compreender que uma fundação seja titular de quotas de uma sociedade limitada ou titular de ações de uma sociedade anônima. Isso é perfeitamente possível. Basta analisar o livro do Professor Fábio Konder Comparato, “Poder do Controle”, porque ele já constatava a possibilidade de Fundações no controle. E, a excelente palestra do professor Miguel ainda me fez pensar em outras situações dos próprios *trust* que controlam muitas sociedades aqui no Brasil, mas isso eu vou deixar para outro momento. De qualquer modo, a grande dificuldade que temos quando a gente expande um controle de grupo para Fundação é justamente misturar os tipos organizacionais. Se uma Fundação controla um grupo, deixamos de ter um controle societário puro. Há um controle fundacional. Como lidar com uma estrutura como a fundação que controla uma sociedade? A hipótese não é meramente teórica, porque o caso Varig pode ser revisitado para esses fins. Numa situação como essa, de um grupo controlado por uma Fundação, como imputar conhecimento e responsabilidade regulatória a uma estrutura fundacional? É preciso, ainda, interpretar esse controle fundacional combinado com o velamento pelo Ministério Público. Essa é uma tarefa inacabada para o direito de grupos brasileiros – confessadamente dito lá na exposição de motivos da nossa Lei de S/As. E se o grupo econômico controlado pela fundação entra em crise? Se uma Fundação está no controle, como eu faço consolidação substancial de ativos de um grupo controlado por uma Fundação dentro de um processo recuperacional? É outra situação *borderline* que a gente ainda não tem solução, porque uma

estrutura fundacional, se entrar em crise, torna-se necessário liquidar aquela fundação de acordo como estiver previsto no estatuto. Como é que eu vou lidar com o processo recuperacional se essa for a estrutura de controle? Então, é um outro problema, digamos assim, *borderline* que a gente acaba identificando.

A terceira estrutura organizacional limítrofe que eu quero convidar para análise são as cooperativas. Diferentemente do direito europeu e do direito norte-americano, as cooperativas brasileiras se filiam ao cooperativismo tipicamente latino-americano, baseado na decantação entre ato cooperativo e ato de comércio (aquele lá do Código Comercial de 1850). Isso porque nossa lei de cooperativas, a Lei 5764, é de 1971 quando a estávamos sob a égide do ato de comércio ou tentando aplicar aquilo. E aí foi necessário separar o que era o ato de comércio do ato cooperativo para dizer: cooperativa não é comerciante, cooperativa tem uma atividade não empresarial porque ela não gera lucro, ela instrumental para os cooperados. Ela gera para o cooperado uma economia circular do ato cooperativo, um ganho direto no seu patrimônio. Por ser assim, no direito brasileiro as cooperativas não são consideradas sociedades empresárias, embora pareçam. O Professor Oksandro, lá no Paraná, tem cooperativas como a Coamo que pelo levantamento do jornal Valor Econômico foi a 60^a empresa do Brasil, entre as mil maiores. A Cooxupé está na posição 173 dentro da economia brasileira (a Cooxupé exporta mais café do que a Colômbia inteira). Só que não são empresárias, formalmente não são empresárias. Isso a gente confirma inclusive pelo 982, parágrafo único, do nosso Código Civil que as considerou sociedade simples. Como lidar, então, com uma cooperativa com os cenários de expansão e de crise, com os quais venho trabalhando hoje? Para expansão, o artigo 88 da lei 5764 permite que as cooperativas controlem sociedades outras, de outras naturezas. Então, eu posso ter uma cooperativa controladora de uma sociedade anônima ou de

uma sociedade limitada. Só que o inverso não é possível: eu posso ter várias sociedades limitadas e anônimas cooperadas de uma cooperativa dentro dos limites permitidos pela lei. Mas sem controlá-las, por que as cooperativas pelo artigo 1094, inciso IV, do Código Civil, são baseadas na característica essencial, desde *Rochdale* de um cooperado um voto. Não há controle, mas coalisão de cooperados. Então, em um cenário como esse, se eu também aloco uma cooperativa como controladora de outras sociedades como tratar a situação do controle, como imputar responsabilidade e analisar esse grupo econômico, com estruturas societárias tão distintas, em estruturas econômicas tão distintas com essas peculiaridades do cooperativismo que rapidamente acentuei aqui. É uma grande dificuldade, assim como é estender para as cooperativas os problemas de recuperação. Como é que eu vou pedir recuperação de um grupo econômico liderado por cooperativas ou controlados por cooperativas? Esse problema às vezes traz desvantagens regulatórias para o cooperativismo, como traz algumas situações limítrofes de pedidos de recuperação sem permissão legal. São até questões recentes, como o pedido de recuperação que ocorreu na Unimed de Petrópolis. A Unimed é uma cooperativa, pediu recuperação e ficou nesse limbo jurídico porque se combinarmos o artigo 1º, da Lei de Recuperação, com artigo 4º da Lei de Cooperativas não dá para pedir recuperação. Isso gerou uma instabilidade muito grande, a primeira instância concedeu a recuperação, a segunda instância deu efeito suspensivo, ficou um limbo, até que a cooperativa desistiu.

Esses são problemas que também ocorrem, voltando um pouquinho para Fundações e Associações, no recente pedido de recuperação da Universidade Cândido Mendes, que é uma associação e do Hospital Evangélico de Salvador que é outra associação. Esses são problemas reais que a gente está enfrentando aqui no Brasil. Em situações limítrofes que a nossa legislação não está alcançando. Então, nesse cenário todo, temos essas

instabilidades e encontramos desvantagens competitivas, porque ainda estamos estanques nessa classificação empresa e não empresa. Peguemos um tema muito caro hoje em dia, a *Startup* – hoje regulada especificamente pela Lei Complementar 167, que cuida de Empresa Simples de Crédito e Inova Simples. De repente se insere lá o conceito jurídico de *Startup* no direito brasileiro: a *Startup* incremental, que acrescenta determinada tecnologia e a *Startup* disruptiva, que rompe com determinada tecnologia. Isso foi previsto com estímulos econômicos para empresas. E quem não é empresa ou empresário ou sociedade empresária? Se eu tenho uma cooperativa que quer ser disruptiva? Se eu tenho uma Fundação detentora de uma tecnologia e quer ser disruptiva? O conceito estanco de empresa não auxilia na compreensão desses fenômenos. Invertendo, com outro conceito que tem sido trabalhado pela professora Ana Frazão e uma dissertação de mestrado da Isis Teixeira na faculdade de Ribeirão Preto. E se temos uma empresa social? Esse conceito de empresa social não cabe em nenhum outro. Como eu vou lidar com isso, se ela quer ser disruptiva ou distribuir benesses. São perguntas muitas vezes sem respostas.

Para não deixar minha intervenção somente especulativa e provocativa, sem conclusões, talvez haja uma compreensão interessante: começa-se a perceber que essa teoria da empresa que nós incorporamos no nosso Código Civil pode ter se fossilizado muito rapidamente em vista da velocidade das inovações econômicas, das novas compreensões econômicas, que talvez nos remetam e nos convidem a analisar as estruturas hierárquicas e muitas vezes contratuais como sedes organizacionais, como Organizações. A partir dessa compreensão da organização se permita de algum modo resolver problemas, como do controle feito por entidades que não necessariamente são empresariais e também, finalmente, resolver o problema – e o Projeto de Lei 6229 não o faz – finalmente resolver o problema do nosso erro de 2005, de ainda continuar com processos de recuperação

somente para atores empresariais, trazendo uma desvantagem competitiva e uma desvantagem de reestruturação muito grande, tornando necessário ainda hoje se falar em execução contra devedor insolvente. Professor Oksandro, Professor Lupion, eram essas as ponderações. Eu me coloco à disposição para nossas conversas. Muito obrigado a todos e todas.

Interfaces entre o direito da propriedade industrial e o direito da concorrência

*José Marcelo Martins Proença*¹

O presente trabalho representa, com pequenas alterações, a palestra proferida por ocasião do **I Congresso Internacional de Direito Comercial** realizado pela Escola de Direito da PUCPR, nos dias 9 a 13 de novembro de 2020, sob o tema “Interfaces entre o direito da propriedade industrial e o direito da concorrência”.

Para iniciar, tratar das interfaces entre as disciplinas de Propriedade Industrial e o Direito Antitruste ou Direito Concorrencial impõe destacar que ambas as disciplinas têm idêntico objetivo. Quer o Direito de Propriedade Industrial, quer o Direito Antitruste, ambos têm por objetivo promover mercados que incentivem a inovação. Promover mercados onde se defende protagonistas do desenvolvimento técnico, do desenvolvimento tecnológico, do aumento do bem-estar social. Mas como isso se realiza?

Aqui, simplificando drasticamente a realidade, podemos destacar que o Antitruste procura eficiências, procura inovação, prevenindo monopólio e incrementando ou mantendo competição entre agentes econômicos, competição nos mercados. A ideia de uma maneira bem coloquial é, mais vale o stress da concorrência do que a vida mansa do monopólio. Se estamos inseridos em mercados competitivos, queremos a todo momento

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1989), Mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atualmente é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor dos Cursos de Compliance, Direito Societário e Concorrencial da FGV/FGVLAW.

innovar, inovar, inovar para ganhar mercados. De outro lado, se estou na vida mansa do monopólio, quando meus clientes me ligarem, sendo eu o único advogado do mundo, eu retornaria a ligação no dia em que eu estivesse de bom humor. E poderia demorar muito e eu não teria nenhuma preocupação com a qualidade, o preço do meu produto, do meu serviço, porque eu seria o único agente econômico dentro daquele mercado.

Agora, por sua vez, o Direito de Propriedade Industrial visa incentivar inovação pela concessão de direitos de exclusividade, inclusive direitos de exclusividade que eliminem ou que possam eliminar completamente a competição em determinado mercado. De forma muito simples, podemos destacar que, com aquela exclusividade na exploração industrial de minha invenção, dada a possibilidade de cobrança de um sobre preço sobre os produtos que produzirei, me reembolsarei dos investimentos despendidos na minha pesquisa, incentivando, assim, projetos de pesquisa e desenvolvimento.

Em pouquíssimas palavras, ambas as disciplinas têm idênticos objetivos – desenvolvimento técnico, tecnológico, aumento de bem estar social -, mas com formas diametralmente opostas para obtê-las – uma delas com competição nos mercados e a outra com concessão de direitos de exclusividade, minimizando ou até impedindo a competição!

Qual a consequência disso? E aqui eu acho que nós temos uma primeira conclusão parcial importante para acompanharmos o raciocínio até o final da minha fala. Vejam: se nós temos duas disciplinas jurídicas com idênticos objetivos, mas com formas diametralmente opostas de obtê-las, pode haver zonas de tensão na aplicação de ambas as disciplinas. Por exemplo, marcas e patentes, dado ao poder de mercado que acarretem, podem criar problemas concorrenciais seríssimos, como o aumento de barreiras à entrada, recusas de contratar envolvendo *essential facilities* e

assim por diante. Veremos, com algum detalhe, diversos exemplos no decorrer da minha fala.

Dessa forma, a primeira questão é: como podemos conciliar ou talvez reconciliar a tensão entre ambos os sistemas?

Bem, vamos em primeiro lugar rever, mesmo que brevemente, a racionalidade da proteção pela exclusividade, ou seja, vamos nos ater à disciplina da Propriedade Industrial.

Muito bem, de início temos que relembrar a classificação de PI em: (i) criações, onde temos as patentes de invenção, as patentes de modelo de utilidade, design ou desenho industrial; e (ii) sinais distintivos, onde se destacam as marcas. Notem, desde logo que, a regulação de marcas é muito distinta da regulação das criações, mas em ambas as proteções, quer sinais distintivos, quer de inovações, eu tenho proteções com concessão de exclusividade, direitos de exclusividade na exploração industrial. Qual é a racionalidade? A racionalidade da nossa legislação é, repise-se, que com os direitos de exclusiva, de patentes ou de desenho industrial, eu torno possível o retorno do investimento e atraio novos investimentos em inovação. E com as marcas, o direito de exclusividade quer evitar confusão, quer evitar concorrência desleal, quer permitir uma efetiva diferenciação incentivando, portanto, a concorrência leal e, portanto, a inovação. Então, com sinais distintivos ou inovações, o direito de exclusividade tem um objetivo claro: incentivar investimento em projetos de pesquisa e desenvolvimento para a geração de inovação, de desenvolvimento técnico, tecnológico. Só que há uma segunda racionalidade e essa eu gostaria de destacar aqui, dado que por diversas situações ela passa despercebida: a concessão da exclusividade está vinculada e exige, a título de permuta, que o inovador dê publicidade, torne pública a invenção e o meio de obtê-la, tudo por meio da chamada descrição analítica constante no pedido de patente. E aqui temos que colocar a mão na consciência. Quanto é que

exigimos mesmo a completude e clareza do invento, quando damos publicidade a ele no INPI? Em caso negativo, um importante dogma da PI cai por terra dado que aquela inovação à qual dei direitos de exclusividade não, por si só, incentivará ou permitirá outras e novas inovações.

Muito bem, agora o passo é o seguinte: nós podemos acreditar que os incentivos legais levam à inovação? A pergunta é muito simples: com a Lei de PI, que concede 20 anos de exclusividade para patentes de invenção, 15 anos para modelos de utilidade, marcas para sempre, design por 15 anos, prorrogáveis por mais duas vezes de 5 anos, a nossa legislação, vigorosa na concessão de exclusividade, tem promovido projetos de pesquisa e desenvolvimento, porque eu sei que se eu for exitoso, eu obterei patente?

Ou, em outra vertente, eu invisto em inovação porque eu sei que, se eu não o fizer, eu fico para trás no mercado que estou inserido. Ou seja, a competição, o stress da concorrência dentro dos mercados, é que, na verdade, geram mais e melhores inovações. Nós precisamos pensar, ou talvez repensar, esse assunto.

Há muita, mais muita teoria e estudos, com relevantes dados empíricos, que trazem algumas conclusões sobre a questão. E daí eu cito apenas um único exemplo. Nós conhecemos e temos mesmo robustos e diversos projetos de pesquisa para descobrimento de algum tratamento de malária? E nós temos investimentos em projetos de pesquisa para tratamentos de doenças de rico? Quantos não são os novos medicamentos patenteados para tratamento de câncer, para tratamento de diabetes? Quais são os tratamentos que nós temos para uma doença centenária de malária, doença típica de países subdesenvolvidos? Então, não me parece que a garantia de que eu vou ter exclusividade que incentiva inovação. O que incentiva inovação aparentemente, por esse único exemplo, e poderíamos pensar em inúmeros outros, é justamente a competição nos mercados.

Dessa forma: podemos acreditar no dogma da regulação de PI no sentido de que a concessão de exclusividade gera inovação? A regulação, da forma como ela vem sendo aplicada, é, de fato, o ideal para promover a inovação, para promover o tão sonhado desenvolvimento técnico, tecnológico, do nosso país, gerando, portanto, aumento de bem-estar social, tudo de acordo com o que prescreve a nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIX?

Independentemente da resposta às questões acima, a verdade é a de que vivemos sob a concessão de direitos de exclusividade *erga omnes* em nosso país para invenções e sinais distintivos. Contudo, para darmos um passo à frente e verificarmos efetivamente como a nossa regulação tem sido aplicada, precisamos destinar especial atenção à mais elevada regulação jurídica interna de PI no Brasil, qual seja, à Constituição Federal de 1988, que prescreve que a concessão de direitos de exclusiva ou a concessão de direitos de exclusividade está vinculada ao seu uso funcional.

Em outras palavras precisamos relembrar que a Constituição Federal de 1988, da mesma forma que estabeleceu uma função social à propriedade material, também estabeleceu uma função social à propriedade intelectual.

Nesse sentido, vamos relembrar o inciso XXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

O dispositivo é claríssimo no sentido de que há uma função, há uma finalidade, uma justificativa para a concessão dos direitos de exclusividade.

Da mesma forma e exatamente na mesma forma, o artigo 2º, da Lei 9.279, prescreve: “proteção dos direitos relativos à propriedade industrial,

considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Portanto, há uma finalidade que justifica a concessão do direito e o objetivo, a finalidade, a função da propriedade industrial é incentivar a invenção, incentivar a inovação, para o progresso técnico e para o desenvolvimento econômico, e, portanto, econômico e social do país. É isso que extraímos, com clareza solar, da nossa Constituição.

Em outras e poucas palavras: o exercício do direito de propriedade industrial deve ser funcional, dado que, como veremos mais adiante, a concessão desse direito de exclusividade poderá, pela ausência da concorrência, atrapalhar, atrapalhar ou até obstaculizar, obstar o desenvolvimento técnico e tecnológico do país. Ou seja, justamente o exercício disfuncional dos direitos de propriedade industrial.

Nesses casos, ou seja, em caso de exercício disfuncional dos direitos de PI, como é que devemos tratar a questão? O que temos de resposta à referida situação hipotética, dentro da nossa regulação da propriedade industrial e, talvez, dentro do direito concorrencial?

Relembremos. No tocante à Lei de PI, alguns remédios são evidentes e o primeiro deles é o licenciamento compulsório, ou seja, perde-se o direito de exclusividade de exploração industrial da invenção, estabelece-se, portanto, uma competição dentro dos mercados para que aquilo não traga óbices ao tão sonhado desenvolvimento técnico, tecnológico.

E então, dada a razoabilidade de ocorrência frequente de uso disfuncional de direitos de propriedade industrial, temos que pensar: qual o exemplo real que temos em nosso país de decretação de licenciamento compulsório de patente? O único caso que conhecemos é da década de 90, advém da indústria farmacêutica e refere-se ao medicamento para o tratamento do HIV. Decretou-se o licenciamento compulsório por diversos

motivos, mas com destaque aos altos preços do medicamento em decorrência da ausência de competição no mercado.

A pergunta que precisa ser feita e precisamos todos refletir sobre o assunto é: nos últimos trinta anos tivemos um único caso de abuso de poder econômico ou uso disfuncional de direitos de propriedade industrial, dado que temos apenas um único caso de decretação de licenciamento compulsório?

Para auxiliar nessa e em outras inúmeras situações precisamos tratar, mesmo que também sinteticamente, sobre a incidência do Antitruste, lembrando o que falamos minutos atrás, que o Antitruste também tem por objetivo intensificar, incentivar a inovação, o desenvolvimento técnico, o desenvolvimento tecnológico do país.

Dessa forma, é simples pensarmos e defendermos uma segunda camada regulatória interferindo nos direitos de propriedade industrial, uma vez que o seu uso disfuncional pode justamente caracterizar uma infração à ordem econômica, ou, em outras palavras, uma infração Antitruste.

Nesse sentido, temos que lembrar, e isso é muito comum na doutrina brasileira, que, há muito, rompemos com Tullio Ascarelli que, em seu tempo, no cenário econômico e social da sua época, defendeu a imunidade da propriedade industrial ao direito da concorrência, ou seja, que se sou titular de um direito de propriedade industrial, o Antitruste não chega até mim, estou em uma redoma de vidro e protegido, portanto, a imunidade ao Antitruste porque tenho direitos de exclusividade.

Trata-se de visão não agasalhada pela nossa legislação. Tomemos alguns poucos exemplos.

Em razão do meu direito de exclusividade, derivado de PI, e como eu sou verticalizado, eu recuso, sem justo motivo, o fornecimento de insumo que seja *essential facility* para o meu concorrente no mercado a jusante,

excluindo, portanto, esse meu concorrente do mercado, eliminando ou minimizando a concorrência. Simplificando: tenho uma situação de eliminação ou falseamento da concorrência derivada do ato de recusa de contratar, de fornecer, que poderia ser a grande incentivadora da inovação nesse específico mercado em decorrência da existência, da manutenção, de competitividade, de ausência de barreiras à entrada, nesse referido mercado.

Tomemos um outro exemplo derivado do licenciamento cruzado de patentes: licencia-se, com exclusividade, de forma cruzada, patentes concorrentes. Licenciamento cruzado, conforme pode ser observado por inúmeros precedentes judiciais do mundo inteiro, tem clara situação ou sugestão de cartel, portanto, infração Antitruste com a utilização disfuncional de um direito de propriedade industrial.

Acrescentando um outro exemplo, sugiro reflexão sobre o largamente utilizado instrumento contratual conhecido como *pool* de patentes. Sabemos que ele, o *pool* de patentes, tende a ser disseminador de concorrência, de desenvolvimento de mercados e de aumento de bem estar social, dado que, por meio dele, colocamos dentro de um ajuste, dentro de uma sociedade, todos os titulares de patentes que são necessárias para produção de um produto qualquer que, por exemplo, para a produção, necessito de licença de dezenas de patentes. Dessa forma, ao invés de ser necessário, uma a uma, individualmente consideradas, licenciar dezenas de diferentes patentes com dezenas de proprietários distintos, por meio do *pool* de patentes torna-se possível que isso se dê por meio de uma única e exclusiva negociação (aqui temos a disseminada ideia de redução de custos de transação, com benefícios de diversas ordens).

Contudo, não podemos ter olhares ingênuos, é plenamente possível usar direito de propriedade industrial, de forma disfuncional, na celebração de *pool* de patentes. Como? Incluindo no respectivo *pool* patentes não

necessárias para a fabricação do produto, ocasionando a, em princípio, vedada, venda casada.

Em outra situação, podemos ainda pensar em pool de patentes fechados, onde não se permite a entrada no grupo, no pool, patentes de titularidade de concorrentes de patentes incluídas no pool ou ainda, nessa situação de concorrentes de patentes incluídas no pool, não ser possível o licenciamento parcial ali constantes. Em outras palavras, o pool de patentes, criado como uma solução contratual ou societária para resolver problemas da tragédia dos anticomuns da propriedade industrial, acaba sendo utilizado de forma disfuncional e precisa ter alguma resposta.

Precisamos tem em mente que nesses poucos exemplos mencionados, ao lado de outras dezenas que poderiam ser explorados, não subsiste, para atingir a sua função normativa, ou seja, gerar o desenvolvimento tecnológico, gerar desenvolvimento técnico, econômico e social do país, o exercício do direito de propriedade industrial. Trata-se do que chamamos uso disfuncional de propriedade industrial, ou seja, não o uso do direito que lhe foi atribuído, mas sim o ab uso, o abuso dos direitos de propriedade industrial. Ou seja, ainda em outras palavras, o uso do direito com função, com efeitos inversos daquele intuito de desenvolvimento técnico ou tecnológico, conhecida como a função da concessão de direitos de exclusividade.

Ainda em outras palavras: uso o meu direito de exclusividade para eliminar, para minimizar a concorrência, obstaculizando a inovação, obstando o desenvolvimento técnico, o tão sonhado desenvolvimento econômico, social e tecnológico do país que seria gerado pela competição.

E daí surge justamente a incidência do Antitruste frente ao uso disfuncional, ao ab uso dos direitos de propriedade industrial.

Assim, o exercício disfuncional dos direitos de PI pode fazer incidir o Antitruste, o direito concorrencial que, relembrando, também visa ao desenvolvimento técnico, tecnológico do país.

Para podermos melhor compreender quais as consequências dessa afirmação, devemos lembrar que, no que interessa à presente manifestação, a lei concede ao CADE, órgão administrativo que aplica o direito da concorrência, duas funções: uma função repressiva e uma função preventiva. Muito rapidamente, pela função preventiva, o CADE analisa atos de concentração para não permitir concentrações de mercado de tal forma que haja uma formação de um poder econômico tal que habilite ao agente econômico abusar desse poder. Quanto à função repressiva, o CADE investiga, por meio de processos administrativos, condutas de particulares, para verificar se há ou não infração à ordem econômica, podendo, uma vez verificada a infração, aplicar penalidades.

Dessa verificação pretendo terminar a minha fala, a fim de incentivar que devamos avançar no nosso direito com vistas a criar uma função preventiva ao INPI na concessão de direitos de propriedade industrial. É o que nós não temos e é o meu objetivo de discurso no último minuto da minha fala.

A demonstrar ou ainda comprovar a sobreposição da legislação concorrencial sobre direitos de propriedade industrial, claríssima do inciso XIX, do parágrafo 3º, da Lei 12.529 de 2011, no sentido de que “*exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca*” constitui exemplo de infração ao antitruste.

É muito expressivo, em minha opinião, que tenhamos, como acima demonstrado, em nossa Lei Antitruste, clara previsão utilizando terminologia da Lei de PI, a permitir, com tranquilidade, afirmarmos que há sim interface entre as legislações.

Assim, não usar, mas explorar ou exercer de forma abusiva, abusar, que pode se dar justamente pelo sub uso ou desuso, de direitos de propriedade industrial, pode configurar infração ao Antitruste. E aqui é mais

interessante ainda o complemento que podemos fazer. Qual a consequência, qual a penalidade pelo descumprimento da norma, trazida pela própria Lei Antitruste brasileira? São diversas as possibilidades, mas é importante destacar que, além da multa, a lei prevê a possibilidade de recomendação de licenciamento compulsório dos direitos de PI utilizados na infração do antitruste, ou seja, a legislação concorrencial, para casos de sua violação, prevê, se utiliza de remédio, regra, típica e constante na legislação de PI. Além desse remédios, é importante também que destaquemos a possibilidade de decretação de cisão de empresas, cisão de ativos dentro de empresas, tudo com vistas a permitir a implementação de concorrência ou, ao menos, a eliminação de barreiras à entrada em determinado mercado.

Por outro lado, na função preventiva, no controle de estruturas, para o objeto da nossa fala, o objetivo é liminar o direito de propriedade industrial preventivamente. Temos diversos precedentes na experiência brasileira, onde se verifica a aprovação do ato de concentração mas com a imposição de licenciamento compulsório do direito de exclusividade ou mesmo a suspensão do uso de sinais distintivos. É possível ainda citar exemplos onde, preventivamente, não se aprova o ato de concentração sob o entendimento de que aquela concentração de direitos de propriedade industrial nas mãos de um único agente econômico acarretará a concessão de direitos, de poderes que habilitarão o ab uso dos direitos de propriedade industrial, ou seja, o seu uso disfuncional.

Reforçamos, por fim, de que não são poucos os casos, inclusive no nosso país, onde a aprovação do ato de concentração, em razão do poder econômico derivado de concentração de marcas, com o seu direito de exclusividade, derivados da concentração, determina-se a suspensão do uso de uma, algumas marcas por determinado tempo. Há casos ainda em que

a aprovação do ato se vincula à transferência a terceiros, concorrentes, de alguns desses sinais distintivos, marcas.

Chegado até aqui, entendo relevante incentivar a reflexão no sentido de que a concentração de ativos materiais era a grande preocupação de recente passado, mas, atualmente, a preocupação é com concentração de conhecimento, de propriedade imaterial, de tecnologia, hoje a preocupação é com *big data*, hoje a preocupação é com propriedade industrial. Ou seja, hoje justificam-se e disseminam-se remédios antitruste que impliquem em cessão, venda de direitos de propriedade industrial, tendo em vista o poder que vai ser alcançado pela empresa com aquela concentração.

A conclusão final, portanto, é simples. PI e Antitruste sobrevivem em convivência, com a sobreposição regulatória do antitruste, podendo o CADE reprovar ou aprovar, sob condição, atos de concentração, limitando, revogando, ou determinando a transferência de direitos de propriedade industrial.

Essa ideia, na minha opinião, é fortalecida, ficando muito mais difícil contestá-la, a partir do momento em que temos termos legais idênticos em ambas as disciplinas jurídicas. A Lei de Propriedade Industrial prevê e regula o licenciamento compulsório para determinado casos de uso de poder econômico. A Lei Antitruste, por sua vez, se utiliza do mesmo instituto, licenciamento compulsório, para uso de direitos de propriedade industrial que configurem infração à ordem econômica.

A organização, com a utilização de mesmos termos e institutos jurídicos por ambas as legislações, mostra que há uma segunda camada regulatória e não há nada de equivocado ou extraordinário no assunto. Além disso, acho pertinente retomar a ideia de que, diferentemente do que foi dito, na sua época, por Tullio Ascarelli, no contexto de exercício de direitos propriedade industrial, há cenários especiais para uma visão atenta do Antitruste. Se o Antitruste, em um determinado momento, tinha que

abrir os olhos para aquela concentração de plantas industriais, ele, o Antitruste, hoje, deve ser mais atento à concentração de direitos derivados de propriedade intelectual, envolvendo plataformas digitais com concentração de dados, algoritmos, *big data* e assim por diante.

Mas temos que dar um passo à frente. Até aqui, há pouca ou nenhuma contestação ao quanto defendido. O que devemos refletir então em termos prospectivos?

Repisemos: tem-se a Lei de PI que objetiva incentivar a inovação, o desenvolvimento técnico, tecnológico, portanto, o aumento do bem-estar social para o país, para o brasileiro. Simultaneamente, tem-se o Antitruste com o mesmo objetivo e sentido. O Antitruste, contudo, de forma mais moderna, traz ao CADE uma função preventiva e uma repressiva. Se abusar de propriedade industrial, trata-se de infração antitruste, aplicando-se uma penalidade. Na função preventiva busca-se prevenir concentração de poder em mercados que habilite o titular da PI exercer disfuncionalmente os respectivos direitos de propriedade industrial. Portanto, analisam-se atos de concentração e em razão da concentração de direitos de propriedade industrial, não se permite aquela concentração. E aqui vale ainda destacar a razoabilidade e a maior eficiência de normas que previnem infrações e não apenas aquelas que reprimem, apenas as infrações já ocorridas, normalmente somente após os efeitos do ilícito praticado já ter se esparramado no mercado, muitas vezes causando prejuízos difusos, à todo um grande grupo de pessoas. É melhor prevenir crimes com armas de fogo proibindo a venda, o comércio, o porte dessas armas, aqui exemplo típico de norma preventiva e não somente estabelecer no Código Penal, “matar alguém, pena de 6 a 20 anos de reclusão”. Relembre-se o brocardo popular: mas vale prevenir do que remediar!

Em assim entendendo o antitruste, suas funções, inclusive a preventiva, devemos nos questionar: temos um direito de propriedade industrial

bem construído? Quais os poderes concedidos ao INPI? Os poderes repressivos são claros, como no caso de licenciamento compulsório em caso de abuso de poder, em caso de subutilização, em caso de não utilização de uma patente e também tem previsão, de uma forma meio estática, de nulidade de patentes.

Mas a questão é: qual a função preventiva que poderíamos pensar para o INPI?

A ideia é provocar reflexões e criatividade. Considerando que a propriedade imaterial, a tecnologia, atualmente, pode representar maior valor que os ativos materiais, industriais, não há como conceder uma estrutura que permita ao INPI controlar ex ante, não o uso, mas a criação de uma estrutura que habilite os agentes econômicos a abusar da posição dominante?

Pode, como sabemos, o CADE impedir a junção de duas empresas sob o argumento de que a concentração de direitos de PI é perigosa e habilita à infração ao antitruste, em franca, clara, incontestável e aplaudida conduta que previne, preventiva da infração da norma. Por que, então, não devemos refletir sobre a possibilidade de atribuir ao INPI poderes para, preventivamente, controlar concentração de propriedade industrial em mãos de um ou outro agente econômico?

Até para evitar pessimismo antecipado, podemos desde logo pensar em um acordo de colaboração INPI/CADE que possa regular um procedimento de consulta, pelo INPI, enviado ao CADE, órgão esse que detém informações acumuladas de determinados mercados, para que ele, INPI, tenha acesso às referidas informações sobre os efeitos de uma nova patente, de uma nova marca, para determinado agente econômico em determinado mercado, ou seja, para habilitar ele, o INPI, a, preventivamente, mesmo reconhecendo a reunião para o deferimento de

determinado direitos de PI, entendendo não ser razoável aquela concentração de poder derivado da requerida PI, indeferir o pedido.

A ideia final, portanto, é estimular refletirmos sobre formas de prevenir a infração à ordem econômica, por meio de indeferimento do direito de PI que acarrete estruturas de poder de mercado concentrado que habilitem o abuso de posição dominante, que possibilitem o uso disfuncional de direitos de PI. A ideia é prevenir situações que gerem estruturas de poder que possibilitem a infração à ordem econômica. Com isso, em princípio, teremos ainda uma maior e melhor convivência e sobrevivência de dois direitos distintos, com idêntica função, mas por meio de instrumentos antagônicos, teremos a convivência de direitos de exclusiva, com proibição de atos de falseamento de concorrência, sempre visando o progresso técnico, tecnológico do Brasil, em aumento do nosso tão sonhado desenvolvimento econômico e social.

Empresas em dificuldade e seu tratamento precoce

Marcia Carla Pereira Ribeiro ¹

Agradecendo muitíssimo a oportunidade de participar do I Congresso Internacional de Direito Comercial, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná em iniciativa conjunta com a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, vou centrar minha modesta apresentação numa abordagem a respeito das estratégias possíveis para as dificuldades das empresas, que não seja a busca pelas ferramentas contempladas na Lei nº 11.101/2005.

Os dois pontos de partida para a reflexão proposta são a experiência francesa do programa *signaux faibles* e a possibilidade de difusão de cláusulas de gatilho nas sociedades empresárias.

O propósito é de trazer ao debate algo que tem me inquietado. O questionamento está na possibilidade e na conveniência de prevermos gatilhos em contratos, estatutos ou acordos de acionistas que levassem a modificações na estrutura gerencial de uma empresa, sem que se tenha de chegar ao estágio de insolvência.

O que penso e considero no Brasil muito pouco utilizado, é no sentido de se poder prever, por exemplo, numa sociedade de médio porte, que não tendo sido atingido um determinado nível de resultado em um, dois,

¹ Professora Titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal Paraná, Pós-doutoramento pela EDESP/FGVSP, Universidade de Lisboa e Université Paris I Panthéon Sorbonne, Diretora de Regulação Econômica da AGEPAR, Professora Permanente dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal Paraná.

três anos, se submeta a uma completa reformulação, com, por exemplo, a substituição dos administradores ou revisão de seu objeto.

O mecanismo legal que pode ser pensado em analogia ao sugerido nessa manifestação e cuja utilização é razoavelmente frequente em determinados negócios jurídicos, é a cláusula de *covenants*. Cláusulas fixadas em contratos que preveem, no caso de a empresa atingir um determinado estágio de endividamento, que as dívidas contratadas serão consideradas vencidas antecipadamente, em razão do excesso de endividamento. Essa é uma cláusula preditiva, o vencimento antecipado não é pela recuperação, não é pela falência, mas é pelos índices de endividamento da empresa.

Creio que talvez se pudesse trabalhar com algumas estratégias objetivadas à prevenção dos processos coletivos de insolvências, ou seja, para que não se chegue nem ao pedido de recuperação, nem à decretação de falência.

Para tal propósito, seria indispensável conduzir a que o empresário saia um pouco da heurística do otimismo, inexoravelmente associada à opção empresarial no momento em que o agente decide realizar ou não um negócio, mas também passível de ser reconhecida já no momento em que ele elabora o contrato social ou o estatuto da sua empresa. Pressupõe que os agentes envolvidos passem a admitir que os resultados possam não ser aqueles esperados e optem pela fixação de critérios aptos a emitir um padrão de alerta quanto ao futuro do empreendimento, gerando uma análise da necessidade de mudança ou correção de rumo.

A generalização do uso de tais mecanismos permitiria ao empresário quer seja a promoção de uma mudança radical ou corretiva no seu negócio, quer seja a condução à liquidação da empresa antes do agravamento de sua situação econômico-financeira que pudesse conduzi-la a uma situação de insolvência consolidada.

Minhas ponderações visam a acrescentar algo ao pensamento da Caroline De Bonville, pesquisadora em tema de insolvência na Université Paris I Panthéon Sorbonne e que me antecedeu neste painel.

Caroline nos apresentou o panorama atual do sistema francês voltado à empresa em dificuldade.

Explicou a existência e a atuação de 22 comissários de recuperação que são agentes com atribuições assemelhadas aos nossos administradores judiciais, cuja competência é prevista na Lei 11.101/2005. A diferença fundamental neste campo está em que no sistema brasileiro os administradores são pessoas físicas ou jurídicas indicadas pelo juiz que conduz o processo coletivo e contratadas pela empresa em recuperação ou falência, ao passo que no sistema francês os comissários ostentam uma condição de servidores públicos.

Foi justamente pela experiência e observação que os comissários franceses coordenaram uma iniciativa do Estado francês com vistas ao acompanhamento de empresas em dificuldade, pequenas empresas e empresas de médio porte com menos de 40 funcionários.

Como Caroline explicou, foram esses comissários que começaram o processo de acompanhamento dessas empresas, iniciativa que esteve na gênese do sistema de detecção precoce que está em processo de implementação naquele país.

Neste ponto é possível que se abra uma indagação cuja resposta certamente não é simples: quando e como devemos aceitar a interferência externa na empresa em dificuldade?

É possível que se considere que a intervenção do Estado numa empresa, de forma a contribuir para que não chegue a ser liquidada, possa representar uma ofensa aos princípios concorrenciais. Veja-se a possibilidade de duas empresas de objeto e porte semelhantes. Uma delas objeto de uma gestão eficiente e que opta por estratégias que minimizem suas

perdas em momentos críticos, e a outra, menos prudente ou por falhas técnicas, sofre as piores consequências sob as mesmas circunstâncias. O auxílio público, mediante subsídios, empréstimos a fundo perdido ou mediante aquisição de participação no capital social não resultariam numa deturpação ao próprio princípio da concorrência?

E aqui lembro-me de uma experiência muito interessante que se seguiu aos estágios mais agudos da crise do *subprime* em 2009, nos Estados Unidos.

Vários bancos seculares quebraram e o governo americano optou por socorrer apenas alguns. Muito interessante. A indagação que podemos apresentar volta-se à compreensão do porquê de apenas alguns bancos e não todos aqueles em situação semelhante terem sido socorridos.

Há de se reconhecer que não é frequente na experiência norte-americana que o Poder Público invista em empresas, quanto mais em empresas insolventes. Mas, prevaleceu à época o entendimento de que apenas assistir à quebra de grandes instituições financeiras poderia significar um abalo no mercado com consequências gravíssimas para a economia americana – muito dependente do crédito. Interferir foi tomado como um arranjo possível para não comprometer o mercado financeiro como um todo, mas que acarretaria como provável consequência a transmissão de uma mensagem ao empresariado no sentido da relativização do dever de prudência, estimulando a assunção de riscos extraordinários no negócio, sob a perspectiva de que se algo der errado o Estado virá em socorro para evitar a quebra. Esta mensagem poderia passar essa imagem apta a estimular a construção de novas circunstância que pudessem redundar em crises com a gravidade daquela de 2009. Buscou-se afastar a ideia de que o Poder Público estaria colaborando para condutas oportunistas e majoração do risco moral (situação de relaxamento no dever de cautela do agente como decorrência de se sentir protegido ou imunizado

dos efeitos advindos de sua própria conduta e dispensado do dever de cautela a ela inerente). Daí a opção de intervenção do governo americano somente em relação a algumas empresas abaladas de forma fundamental pela crise de 2009 e não em todas elas.

Retornando-se à questão principal proposta: quando interferir na empresa?

Pois a ideia do sistema francês, é detectar no começo o problema das empresas e mediante a utilização de dados de que dispõe a administração pública, mover os agentes do Estado a provocar o empresário a buscar soluções para evitar a quebra da empresa, com uma possibilidade de antecipação dos riscos de insolvência no prazo que a Caroline mencionou de 12 meses até 18 meses antes de sua instalação.

Detalhe interessante do programa francês de detecção precoce, que não chegou a ser comentado pela Caroline, é o caráter de sigilo absoluto quanto aos dados processados e sujeitos a um programa que opera com inteligência artificial, assim como confidencialidade relativamente aos resultados decorrentes do tratamento das informações. O programa francês, o *signaux faibles* tem em um de seus pilares o sigilo, certamente com vistas à que concorrentes, assim como fornecedores e potenciais clientes não se utilizem da ferramenta de detecção precoce para a obtenção de alguma vantagem indevida ou abusiva perante a empresa acompanhada.

Todavia, a Normativa Europeia (UE) 2019/1023 que apresenta as bases para um regime jurídico comunitário aplicável para as empresas em dificuldade adotou como premissa um princípio que se opõe ao sigilo. Nos termos da Diretiva, as informações para fins e detecção precoce de sinais de futura insolvência devem ser abertas, inclusive a colaboradores, credores e outros interessados em saber que a empresa está numa rota de potencial estado de dificuldade.

Particularmente, considero complicada a opção europeia. Primeiramente porque a experiência francesa tem sido considerada eficiente em tempos de economia regular. Depois, porque ao ser propalada a informação sobre a potencialidade de insolvência do empresário, sua situação realmente poderá ser ainda mais agravada. Perda de clientes e de fornecedores, dentre outros efeitos negativos.

Parece-me que o sigilo que caracteriza o *signaux faibles* é muito importante para o sucesso da experiência e, se a Diretiva Europeia prevalecer (lembrando que estaria em aplicação se não fosse a crise provocada pelo COVID), ela trabalha com o contrário do sigilo por meio de uma determinação comunitária que não abre espaço para que os estados membros tenham, neste campo, uma disciplina diferente disso. Acho que esse tema precisaria ser revisto.

Por outro lado, o programa francês de detecção precoce trabalha, conforme relatado pela Caroline, a partir de um algoritmo de detecção que utiliza dados de diferentes autarquias francesas (URSSAF, DIRECCTE, Banque de France etc.) que dizem respeito a recolhimento de tributos, contratação e demissão de pessoal, perspectivas de mercados e volume de negócios. Os dados são alojados no Banco de France. Não que o banco seja o coordenador do programa, mas o programa é alojado lá por ter sido considerado o local com melhor estrutura para a concentração dos dados e instalação das ferramentas.

Considero relevante comentar ainda que o *signaux faibles* nasceu de uma *startup* de estado. A França tem *startups* que são vocacionadas a buscar soluções para o Estado. Foi no âmbito de um programa da incubadora de serviços informatizados que foi desenvolvido o programa, que se caracteriza por ser da modalidade fonte aberta. Trata-se, portanto, de um sistema que pode ser adaptado e utilizado em outros países.

A detecção precoce forma uma rede social de segurança para que a empresa, por meio do tratamento de seus dados e da ação dos atores públicos mobilizados, possa se socorrer da informação apta a conduzi-la à busca de novos mercados ou novos modelos de negócio, se for essa a melhor solução que se apresente ao caso concreto. A conversa entre o comissário e o empresário pode sugerir que o mercado no qual opera a empresa sujeita-se a uma perspectiva negativa. É o que ocorre, por exemplo, quando se detecta que o uso de impressoras de papel é cada vez menor, o que vem a sugerir a busca da oferta de produtos e serviços, como uma eventual proposição a ser pensada pelo empresário, de armazenamento virtual, o que levaria à alteração de um plano de investimento de abertura de novas fábricas num mercado desacelerado.

A tradição francesa pode ser classificada como de caráter interventivo na economia, daí a existência de programas públicos voltados às empresas em dificuldade e também a justificativa para que o projeto piloto de detecção precoce tenha se desenvolvido naquele país.

De toda sorte, qualquer sistema de intervenção na empresa em dificuldade deve ser compatibilizado com princípios consagrados nas economias modernas, dentre eles o da liberdade de iniciativa. Logo, ninguém, nem mesmo um empresário (em nome do interesse público de que se reveste a prática da atividade empresarial) é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada, a não ser que haja uma imposição legal.

Na experiência francesa os dados empresariais são monitorados. Pensando-se a aplicação de um sistema semelhante no país, aflorariam muitas dúvidas. Uma delas, a definição de qual o organismo que ficaria responsável por monitorar os dados das empresas. Naturalmente pensaríamos nas Juntas Comerciais dos estados. Porém, a experiência tem demonstrado que a maior parte delas, senão todas, é carente de uma estrutura que a habilitasse a sediar o programa, seus equipamentos, gestão

de pessoal e outros fatores associados. Seria necessária uma mudança radical em termos de estrutura e custos.

Talvez seja pertinente trazeremos uma outra ponderação: será que a iniciativa de monitoramento das empresas precisa necessariamente vir do Estado? O papel desempenhado por um programa como o *signaux faibles* não poderia estar nas mãos de uma associação comercial, ou mesmo um sindicato patronal ou outra organização da sociedade civil? De uma federação das indústrias? Dos cartórios dos registros? Será que é necessário que seja uma iniciativa pública para atuar nessa seara de detecção precoce de insolvência e oferta de orientação não impositiva?

Para finalizar minha participação e retomar o discurso proposto no seu início, creio que não seja menos relevante refletirmos sobre medidas voltadas à evitar a quebra de negócios viáveis por meio de cláusulas de gatilho. Como já mencionei exemplificativamente, determinados níveis de endividamento/baixa de faturamento desencadearem procedimentos internos na empresa, como o encerramento dos mandatos e troca dos administradores, a obrigatoriedade de um plano de negociação ou a contratação de uma consultoria que possa trabalhar na questão do potencial dessa empresa, se ela precisa mudar seu modelo ou revisar seu objeto.

Creio que essas seriam iniciativas auxiliares no âmbito privado a serem consideradas e incorporadas aos modelos contratuais. O contrato social ou o estatuto, ou ainda um acordo de sócios, poderiam trazer para a realidade daquela empresa uma norma criada pelas partes, previamente conhecida dos gestores, no sentido de mudança de rumo na condução empresarial sob determinadas condições.

Há o risco de o empresário, justamente quando diante de uma situação de gatilho operar no sentido de buscar uma modificação da cláusula, normalmente sob o argumento de que a crise vislumbrada será ultrapassada no ano seguinte, já que é bastante natural ao administrador visualizar

as dificuldades sob uma ótica otimista em termos de serem ultrapassadas. Serão trazidos pelo administrador argumentos no sentido de que a administração deve ser mantida ou de que seria precipitado pensar-se na contratação de uma consultoria para um estudo mais aprofundado quanto às condições e perspectivas do empreendimento.

Para que as cláusulas de gatilho prevaleçam, seria essencial que sejam acompanhadas da previsão de quóruns especialíssimos para sua modificação, inclusive mediante a exigência de decisão por unanimidade. Caso contrário, os controladores serão os primeiros a utilizar o argumento de que a cláusula de gatilho precisa ser relativizada ou modificada.

Outra alternativa a ser ponderada, se há discordância quanto aos encaminhamentos quanto à mudança de objeto, contratação consultoria, os documentos podem já estabelecer, por exemplo, uma cláusula de disputa técnica como uma forma de desestímulo ao litígio. Uma cláusula de disputa técnica, previamente contemplada no contrato ou no estatuto que já defina de antemão como será conduzida a disputa, como as partes indicarão os seus representantes, dentre outros.

Sobrevinda a decisão, poder-se-ia argumentar que este tipo de decisão não é vinculativa. Daí, recomenda-se a previsão, como forma de desestímulo ao litígio, por exemplo, de condição que imponha, diante da decisão técnica, que aquele que não concordar com ela irá responder pelos ônus da abertura do litígio, seja uma mediação, arbitragem ou ação judicial. Um pacto de adiantamento integral das custas do procedimento, justificado no fato de que foi instalada uma *dispute board*, chegou-se a uma solução técnica e uma das partes não aderiu a ela mesmo tendo participado do julgamento técnico que prevaleceu.

Assim, penso, teríamos mais ferramentas voltadas à preservação de empresas viáveis e não estaríamos à mercê exclusivamente das soluções provenientes do Estado para a proteção do empresário ou da empresa. A

adoção de gatilhos internos dispensaria a fiscalização externa ao negócio. Os ajustes seriam disparados em razão dos gatilhos e antes mesmo do momento crítico mais agudo. Para que não nos limitemos a pensar nas formas mais radicais de tomada de novos rumos pela empresa, pode-se pensar num determinado gatilho que conduziria, por exemplo, a um mero ajuste a ser realizado de forma compulsória no plano de gestão. Outro benefício desse gatilho estaria em permitir negociações privadas entre o empresário e seus credores num ambiente de sigilo previamente decidido pelas partes.

Estes são apenas alguns dos benefícios possíveis. Porém, não estou certa de que a elaboração de cláusulas mais complexas para funcionarem de gatilhos, determinadas no estatuto, no contrato social ou no acordo de sócios, seria viável para as empresas de pequeno porte no Brasil. Não estou certa de que suportariam os custos de elaboração de melhores instrumentos negociais, assim como os custos para implementação das medidas provocadas pelos gatilhos.

Quem sabe se possa imaginar que programas como *signaux faibles* estejam voltados às empresas de pequeno porte e as empresas de médio e grande porte, diante de sua capacidade de ponderar os custos *ex ante*, *ex post*, além dos custos sociais, possam operar pela via de auto avaliação ensejadoras de ações compulsórias a fim de tentar garantir a manutenção do estado de regularidade ou solvência da empresa.

Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios

*Mariana Pargendler*¹

I. Introdução

O novo Art. 49-A do Código Civil, introduzido pela recente Lei 13.874 de 2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), traz com todas as letras a conhecida ideia de que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores e administradores. Tampouco se confunde, evidentemente, com os seus credores ou empregados. Longe de introduzir qualquer novidade, a norma apenas explicita o principal corolário e função da personificação jurídica: a separação entre a esfera jurídica da pessoa jurídica e a das pessoas naturais a ela ligadas. O Art. 49-A nada mais faz do que explicitamente articular noção de direito tradicionalíssima desde a origem do instituto.

Segundo já observava Max Weber, “a mais racional realização do ideal de personalidade jurídica das organizações consiste na completa separação das esferas jurídicas dos membros da esfera jurídica da organização separadamente constituída”². De modo semelhante, identificava Hans Kelsen que o conceito jurídico de pessoa (tanto natural como

¹ Mariana Pargendler é professora associada em período integral na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e Global Professor of Law na New York University (NYU). É Diretora do Núcleo Direito, Economia e Governança da FGV Direito SP e Research Member do European Corporate Governance Institute (ECGI). Lecionou como Visiting Professor of Law na Yale Law School, Stanford Law School, Columbia Law School e University of Pennsylvania Law School. É doutora e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e doutora e LL.M. em Direito pela Yale University.

A autora agradece a Dalila Martins Viol, doutoranda na FGV Direito SP e pesquisadora do Núcleo de Direito, Economia e Governança, pelo auxílio na estruturação e revisão deste capítulo.

² WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978, p. 707 (tradução livre).

jurídica) importaria justamente na criação de um distinto centro de imputação de direitos e deveres jurídicos³. Sabe-se que o celebrado *Code civil* francês de 1804 sequer continha o conceito de pessoa jurídica, mas evidentemente desde então já se considerava, por exemplo, que as sociedades anônimas (*sociétés anonymes*) por ele reguladas se distinguiam juridicamente de seus membros⁴.

No direito brasileiro, a regra contida no caput do novo Art. 49-A remonta ao dispositivo do Código Civil de 1916, cujo Art. 20 previa que “[a]s pessoas jurídicas têm existência distinta de seus membros”. Semelhante dispositivo não havia sido repetido na versão original do Código Civil de 2002, mas a omissão tampouco produziu qualquer alteração no regime jurídico vigente. A distinção entre a esfera jurídica da pessoa jurídica e a de seus membros seus sócios, associados, instituidores e fundadores, assim como de outras pessoas que têm relação jurídica com a pessoa jurídica, representa o próprio centro de sentido do instituto.

Um aspecto pouco reconhecido, porém, é que a separação da pessoa jurídica das pessoas naturais a ela ligadas tem duas dimensões relevantes e distintas: a separação patrimonial, de um lado, e a separação regulatória ou para fins de imputação, de outro.⁵ Conforme se verá adiante, as exceções a cada uma das diferentes dimensões dessa separação – que aqui

³ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 50.

⁴ A omissão das pessoas jurídicas pelo Código napoleônico não foi accidental. Era, ao contrário, um reflexo da concepção individualista então reinante, a qual desconfiava de entidades coletivas que se interpusessem entre o indivíduo e o Estado. Justamente por isso, a constituição de sociedades anônimas – pessoa jurídica por excelência – era então sujeita a rigoroso regime de autorização estatal. Cf. id. 2, p. 724.

⁵ As considerações que seguem quanto à função econômica e jurídica da separação regulatória e dos critérios para a sua desconsideração baseiam-se em estudos anteriores mais detalhados, com foco no direito anglo-saxônico. Cf. PARGENDLER, Mariana. Veil Peeking: The Corporation as a Nexus for Regulation, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 169, 2021 (no prelo); PARGENDLER, Mariana. Regulatory Partitioning as a Key Role of Corporate Personality. In: POLLMAN, Elizabeth; THOMPSON, Robert (eds.). *Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood*. Cheltenham: Edgar Elgar Publishing, 2021 (no prelo).

chamaremos de desconsideração patrimonial (*veil piercing*) e desconsideração regulatória (*veil peeking*) – se sujeitam a regime jurídico também distinto. No entanto, trabalhos acadêmicos e decisões judiciais até o momento – tanto no Brasil como no exterior – têm reiteradamente ignorado tal distinção fundamental.⁶ A doutrina alemã, por certo, elaborou fundamental distinção entre a penetração para fins de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*) e a penetração para fins de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*), porém o fez de forma sucinta e sem estabelecer os critérios próprios de cada modalidade.⁷ Conquanto a separação patrimonial (*asset partitioning*) seja hoje difundida na literatura, não temos ciência de estudos que sequer identifiquem o atributo da separação regulatória como corolário essencial da pessoa jurídica.

Ocorre que as controvérsias atinentes à desconsideração regulatória são absolutamente prevalentes na prática jurídica brasileira e estrangeira. A tensão entre separação regulatória e a desconsideração regulatória está verdadeiramente no cerne das principais controvérsias contemporâneas e perenes envolvendo a pessoa jurídica. Por exemplo, os direitos fundamentais dos cidadãos (como liberdade de expressão e liberdade religiosa) devem ser estendidos às pessoas jurídicas? Uma sociedade controladora e sua subsidiária integral devem ser consideradas como sociedades distintas

⁶ A ausência de distinção remonta ao artigo seminal de Maurice Wormser, o qual cunhou a expressão “perfuração do véu societário” (*piercing of the corporate veil*), expressão utilizada pelo estudo para designar tanto casos de desconsideração patrimonial como casos de desconsideração regulatória. WORMSER, Maurice. *Piercing the Veil of Corporate Entity*. *Columbia Law Review*, v. 12, n. 6, p. 496, 1912, p. 509-510. Contudo, a expressão *veil piercing* é hoje habitualmente utilizada como sinônimo de desconsideração patrimonial.

⁷ A distinção entre *Haftungsdurchgriff* e *Zurechnungsdurchgriff* vem do trabalho do proeminente jurista alemão Herbert Wiedemann, o qual, porém, não articula os diferentes fundamentos ou consequências jurídicas dessas categorias separadas. Cf. WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht: Ein Lehrbuch des Unternehmens- Und Verbandsrechts*. München: Beck, 1980. O conceito de *Zurechnungsdurchgriff* é semelhante, embora potencialmente não idêntico, ao conceito de desconsideração regulatória aqui adotado. Pioneira e altamente esclarecedora em rotular as diferentes modalidades de desconsideração, a categorização de Wiedemann teve impacto limitado sobre a aplicação do direito, embora tenha influenciado a melhor doutrina luso-brasileira. Cf., por exemplo, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial: Das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 174-176; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 259-260. Calixto Salomão Filho traduz o termo *Haftungsdurchgriff* como “desconsideração atributiva”.

para fins de aplicação do direito concorrencial? Uma sociedade controlada pode ser processada com fundamento em critério de competência jurisdicional aplicável à sua controladora? A raça dos acionistas pode ser imputada à pessoa jurídica para fins de leis de combate à discriminação? A nacionalidade dos acionistas de uma companhia importa para a aplicação de tratados internacionais de investimento ou restrições comerciais em tempos de guerra? O regime de proteção aos direitos fundamentais aplicável frente ao Estado se estende a uma companhia sob controle estatal? Quando é lícito recorrer à constituição de uma companhia para contornar diferentes restrições legais ou contratuais, que vão desde a proteção legal do bem de família até cláusulas de não concorrência?

O presente artigo busca demonstrar as distinções de natureza estrutural, funcional e jurídica entre a desconsideração patrimonial (usualmente referida como *veil piercing*) e a desconsideração regulatória (por nós denominada como *veil peeking*), o que deve conduzir à aplicação de critérios jurídicos igualmente diversos. Em particular, sustenta-se que o art. 50 do Código Civil, como transparece de sua expressa dicção, aplica-se exclusivamente à desconsideração patrimonial, e não à separação regulatória. Para subsidiar tal conclusão, o restante do trabalho será estruturado da seguinte forma: a Parte II delinea os conceitos de separação regulatória e de sua desconsideração, distinguindo-os da separação e desconsideração de cunho patrimonial sob perspectiva estrutural e funcional (econômica). A Parte III apresenta brevemente o surgimento da desconsideração regulatória na História do Direito como fenômeno anterior ao reconhecimento da desconsideração patrimonial. A Parte IV propõe que os critérios jurídicos para a desconsideração regulatória se distinguem daqueles exigidos para a desconsideração patrimonial. A Parte V revela que as hipóteses de desconsideração regulatória no direito brasileiro são comuns e diversas. A Parte VI apresenta breve conclusão.

II. A separação patrimonial e separação regulatória e os efeitos da sua desconsideração

a) Estrutura e função

A distinção entre a pessoa jurídica e pessoas a ela correlatas referida no *caput* do Art. 49-A, já aludido, produz duas ordens de efeitos. De um lado, verifica-se a separação entre o patrimônio detido pela pessoa jurídica e aquele de outras pessoas (separação patrimonial). De outro, observa-se na pessoa jurídica um centro distinto de imputação de demais direitos e deveres na ordem jurídica (separação regulatória).

Como o próprio nome diz, a separação patrimonial reflete o fato de que a pessoa jurídica tem patrimônio formalmente distinto daquele de seus sócios e administradores. Essa dimensão da separação da pessoa jurídica é tida como contribuição fundamental do direito para o surgimento de empresas de grande porte. Em sua manifestação mais robusta, verificada nas sociedades anônimas, a separação patrimonial apresenta três facetas distintas⁸: (i) os credores pessoais dos acionistas não podem recorrer aos bens da pessoa jurídica para a satisfação de seu crédito, atributo conhecido como blindagem da pessoa jurídica (*entity shielding*); (ii) os credores da companhia não podem recorrer aos bens pessoais dos acionistas, atributo conhecido como responsabilidade limitada⁹; e (iii) os acionistas não podem retirar unilateralmente bens da companhia antes da sua liquidação, atributo conhecido como bloqueio de capital (*capital lock-*

⁸ Do ponto de vista técnico, separação patrimonial não é sinônimo de responsabilidade limitada, blindagem da pessoa jurídica ou bloqueio de capital, embora muitas das pessoas jurídicas mais frequentes e importantes na prática empresarial – como a sociedade limitada, a sociedade anônima e as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIREL) – apresentem também o atributo da responsabilidade limitada.

⁹ Sobre a importância da blindagem da pessoa jurídica (*entity shielding*) e da responsabilidade limitada, cf. HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, v. 110, n. 3, p. 387-440, 2000. HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the Rise of the Firm. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 1333-1403, 2006.

in)¹⁰. O papel essencial da separação patrimonial é reduzir os custos de transação e, conseqüentemente, permitir que a companhia opere efetivamente como um “nexo para contratos”¹¹.

Para além da separação patrimonial, a personificação confere também outro tipo de separação, a qual chamaremos de separação regulatória ou de separação para fins de imputação (*veil peeking*). A título ilustrativo, vejamos o que acontece quando Alice adquire um pequeno número de ações de uma dada Companhia Y, uma companhia aberta com ações listadas na bolsa de valores. Já referimos que, em virtude da separação patrimonial, os bens de Alice não se confundem com os bens titulados pela Companhia Y. O tipo de sociedade anônima também apresenta o atributo da responsabilidade limitada, de modo que Alice não responde pelas dívidas da Companhia Y.

Ocorre que a separação entre as esferas jurídicas de Alice e Companhia Y em muito transcendem a questão patrimonial. Por exemplo, embora Alice seja francesa, a Companhia Y é sociedade brasileira sob controle nacional. Ou seja, a nacionalidade de Alice não é imputada à Companhia Y. Quando Alice pactua determinada cláusula de não concorrência relativa ao setor de tecnologia, a restrição contratual daí resultante evidentemente não vincula a Companhia Y. Da mesma forma, se Alice comete ato ilícito e fica impedida de contratar com a Administração Pública, a sanção igualmente não alcança a Companhia Y.

Como bem ilustra o exemplo acima, a separação regulatória cumpre função econômica fundamental. A existência de empresas com numerosos

¹⁰ Sobre a importância do bloqueio de capital (*capital lock-in*) cf. BLAIR, Margaret M. Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century. *UCLA Law Review*, v. 51, p. 387, 2003. STOUT, Lynn. On the Nature of Corporations. *University of Illinois Law Review*, v. 2005, p. 253-267, 2005.

¹¹ A caracterização da companhia como “*nexus of contracts*” teve origem em JESSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976, baseados em ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*, v. 62, n. 5, p. 777-795, 1972.

sócios ficaria evidentemente inviabilizada caso se pudesse imputar à sociedade, sem mais, os atributos ou deveres jurídicos aplicáveis a cada um de seus acionistas. Para além de permitir a estabilidade do regime jurídico de companhia cujas ações são detidas por acionistas numerosos e transitórios, a separação regulatória também permite o uso da forma societária como mecanismo de escolha de regime jurídico mais favorável (*regulatory arbitrage*). A bem da verdade, expressiva parcela das pessoas jurídicas que observamos na realidade empresarial (incluindo as centenas ou mesmos milhares de sociedades subsidiárias de grande empresas multinacionais) são criadas por razões de separação regulatória, e não de separação patrimonial.¹² É bastante comum, na realidade brasileira, a utilização da técnica da personificação com o intuito de obter vantagens regulatórias ou tributárias, conduzindo ao fenômeno conhecido como “pejotização”. Portanto, tendo em vista as dimensões patrimonial e regulatória da separação da personalidade da pessoa jurídica, essa é melhor descrita como um “nexo de imputação”¹³ que serve tanto como um “nexo para contratos” quanto como um “nexo para regulação”.

É também sabido que a separação entre a esfera da pessoa jurídica e a de seus sócios e administradores admite exceções. A mais proeminente exceção, amplamente conhecida no Brasil e no exterior, decorre justamente do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como forma de mitigar a separação patrimonial. Em sua acepção mais corriqueira, os credores da sociedade buscam recorrer ao patrimônio dos sócios para a satisfação de seu crédito perante a sociedade. Também existe a

¹² São bastantes comuns na prática empresarial as garantias cruzadas no interior de grupos societários, as quais mitigam por via contratual a separação patrimonial conferida por lei. HANSMANN, Henry; SQUIRE, Richard. *External and Internal Asset Partitioning: Corporations and Their Subsidiaries*. In: GORDON, Jeffrey N.; WOLFGEORG, Ringe. (Eds). *Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*. Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 252.

¹³ O teórico do direito Hans Kelsen descreveu, notoriamente, a natureza das pessoas naturais e das pessoas jurídicas como essencialmente um “*point of imputation*” or “*central imputation*.” : id. 3, p. 50.

chamada “desconsideração inversa”, na qual os credores pessoais do sócio pretendem se valer do patrimônio da sociedade.

No País a utilização da desconsideração da personalidade jurídica como forma de mitigar a separação patrimonial é ainda mais difundida, a tal ponto que o professor Bruno Meyerhof Salama cogitou até mesmo do possível “fim da responsabilidade limitada no Brasil”¹⁴. Diferentemente de outros países, o direito brasileiro acolhe, em determinadas searas, o que se convencionou chamar de “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, por contar com menos requisitos. Por exemplo, as leis consumerista e ambiental brasileiras expressamente permitem a responsabilização de sócios e administradores sempre que a personalidade jurídica constituir óbice ao ressarcimento de danos ao consumidor e à qualidade do meio-ambiente (vide Art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, e Art. 4º da Lei 9.605 de 1998). A teoria menor também encontra ampla aceitação na jurisprudência trabalhista¹⁵.

Tal como a separação patrimonial, a separação regulatória também admite exceções, via de regra aplicáveis exclusivamente aos sócios controladores. Se Alice fosse controladora da Companhia Y, e não acionista minoritária, sua nacionalidade, suas obrigações de não concorrência e sua sanção impeditiva de participar de licitações poderiam, em determinados casos, ser imputadas à Companhia Y. Outros exemplos da aplicação da desconsideração regulatória serão explorados ao longo deste artigo.

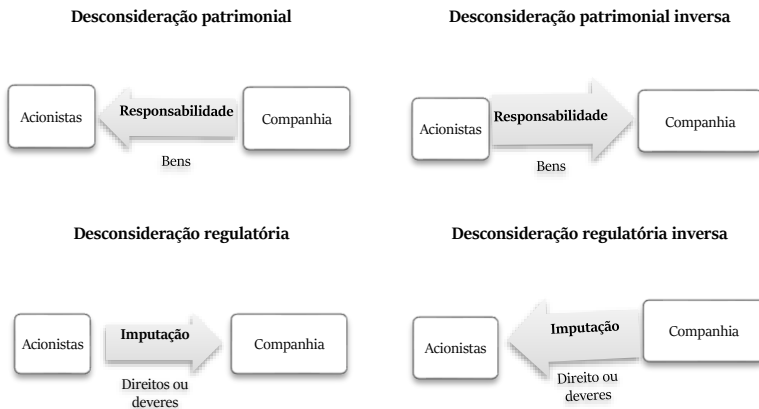
Existem diferenças estruturais e direcionais no funcionamento da desconsideração patrimonial e da desconsideração regulatória, como ilustrado na Figura 1 abaixo. A desconsideração patrimonial mitiga a

¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁵ Para uma descrição das diversas e amplas exceções à separação patrimonial no direito brasileiro, cf. PARGENDLER, Mariana. How Universal Is the Corporate Form? Reflections on the Dwindling of Corporate Attributes in Brazil. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 58, p. 1, 2019.

responsabilidade limitada para permitir que os credores da pessoa jurídica alcancem o patrimônio dos acionistas. A desconsideração patrimonial inversa, que é mais rara, perfura o véu ao permitir que os credores dos acionistas alcancem o patrimônio da pessoa jurídica. A desconsideração regulatória, por sua vez, serve para atribuir certos direitos ou deveres dos acionistas à pessoa jurídica. A desconsideração regulatória inversa, ainda menos comum, imputa certos direitos ou deveres da sociedade aos seus acionistas, que podem reclamá-los em nome próprio.

Figura 1. Diferenças direcionais entre desconsideração patrimonial (*veil piercing*) e desconsideração regulatória (*veil peeking*)



O ponto central é que as modalidades de desconsideração da personalidade jurídica para fins patrimoniais, de um lado, e para fins regulatórios ou de imputação, de outro, apresentam estruturas e funções diferenciadas, devendo ser submetidas a critérios jurídicos também distintos. Ao passo que a desconsideração patrimonial (*veil piercing*) perfura o véu para mitigar a separação patrimonial e atingir o patrimônio dos sócios, a desconsideração regulatória consiste em *espiada* por detrás do véu (*veil peeking*) para fins de imputação de direitos, deveres ou qualidades do

sócio à pessoa jurídica, evitando-se resultados contrários à vontade do legislador ou das partes da relação contratual. Na sequência, examinam-se os benefícios e custos econômicos da separação regulatória e como eles diferem daqueles decorrentes da separação patrimonial.

b) Ponderação de custos e benefícios

A separação patrimonial sob a forma de responsabilidade limitada e proteção sob a pessoa jurídica oferecem, reconhecidamente, vários benefícios, que podem ser potencialmente comprometidos pela desconsideração patrimonial (direta ou inversa). A responsabilidade limitada (i) reduz os custos de monitoramento dos acionistas e credores, (ii) incentiva a delegação da administração e, assim, promove a diversificação, (iii) facilita a circulação das ações, a liquidez e o mercado de controle societário, permitindo que as ações sejam precificadas independentemente da identidade de seus proprietários, (iv) preserva o valor de *going-concern* da empresa, (v) facilita a administração dos procedimentos de recuperação judicial e falência e (vi) mitiga os desincentivos causados por excesso de dívidas (*debt overhang*). Ao mesmo tempo, porém, a separação patrimonial produz dois novos tipos de custos: (i) um maior custo de agência quanto aos credores e (ii) maiores custos contábeis¹⁶.

Em comparação à desconsideração patrimonial, a desconsideração regulatória compromete apenas uma fração dos benefícios da separação patrimonial listados acima e apenas até certo ponto. A separação regulatória compartilha com a separação patrimonial o principal benefício de promover a livre circulação das ações, a liquidez e o mercado de controle societário. Ao blindar o regime jurídico aplicável à sociedade anônima e

¹⁶ HANSMANN, Henry; SQUIRE, Richard. External and Internal Asset Partitioning: Corporations and Their Subsidiaries. In: GORDON, Jeffrey N.; WOLF-GEORG, Ringe. (Eds). *Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*. Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 254 e seguintes.

sua situação regulatória relativamente às vicissitudes jurídicas de seus acionistas, a separação regulatória permite que as sociedades anônimas sejam precificadas independentemente da identidade do acionista. Assim como um regime de responsabilidade ilimitada condiciona o valor das ações da companhia à situação patrimonial dos acionistas, a desconsideração regulatória condiciona o valor da companhia a certas vantagens ou desvantagens regulatórias desencadeadas pelo status jurídico dos acionistas¹⁷. A desconsideração regulatória pode, assim, desencorajar transferências de controle que poderiam ser eficientes do ponto de vista de questões de agência ou de economia das organizações.

A separação regulatória também traz benefícios e custos distintos daqueles decorrentes separação patrimonial. Ao assegurar a separação entre as esferas jurídicas da companhia e de seus acionistas não-controladores, a separação regulatória é verdadeiramente essencial para o funcionamento de empresas com acionistas numerosos e transitórios. Ao permitir para a estabilidade e previsibilidade do regime jurídico aplicável à pessoa jurídica, esta forma de blindagem regulatória em relação aos acionistas não-controladores é tão fundamental para a viabilidade de empresas com muito acionistas como a blindagem patrimonial da pessoa jurídica relativamente aos credores particulares dos acionistas (*entity shielding*)¹⁸.

Precisamente por essa razão, a desconsideração regulatória usualmente pressupõe não a titularidade de participação minoritária em uma sociedade anônima, mas a existência de controle societário. Assim como a desconsideração patrimonial não é usualmente usada para atingir os bens

¹⁷ Para o argumento de que a responsabilidade ilimitada dificulta a transferência de ações, cf. HALPERN, Paul; TREBILCOCK, Michael; TURNBULL, Stuart. An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law. *Toronto Law Journal*, v. 30, p. 115, 1980. Cf. também FISCHER, Daniel R. *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard University Press, 1991.

¹⁸ Para o principal papel econômico fundamental da blindagem da pessoa jurídica (*entity shielding*), ver. Hansmann & Kraakman, e Hansmann, Kraakman & Squire, nota 8 supra.

dos trabalhadores, consumidores, credores ou acionistas minoritários de uma companhia¹⁹, a desconsideração regulatória se aplica exclusivamente aos acionistas controladores ou, menos frequentemente, aos administradores. Embora alguns autores venham questionando a escolha dos acionistas como alvo relevante para a desconsideração regulatória²⁰, a relação entre a desconsideração regulatória e o controle societário é notavelmente forte e por boas razões funcionais. Segundo influente perspectiva econômica, é o controle societário que define as fronteiras entre diferentes empresas.²¹

Embora menos crucial, a manutenção da blindagem regulatória em relação aos acionistas controladores também oferece benefícios importantes, como a redução dos custos regulatórios, isto é, os custos de redigir e aplicar normas jurídicas. A implementação de normas baseadas no conceito de controle societário pode ser bastante dispendiosa. O controle societário é um conceito jurídico e econômico chave que é excepcionalmente difícil de definir *ex ante*. Já a sua verificação *ex post* tende a ser deveras custosa.

A separação regulatória pode prejudicar a aplicação do direito ao possibilitar o uso da forma societária como mecanismo de escolha do regime jurídico mais favorável, ou seja, possibilitar a evasão regulatória (*regulatory arbitrage*). Esse é o maior custo da separação regulatória. A questão

¹⁹ Cf. id. 14. Contudo, como é sabido, a Justiça do Trabalho brasileira costuma desconsiderar a personalidade jurídica para os A autora descreve como os tribunais do trabalho brasileiros costumam realizar desconsideração patrimonial para responsabilizar os acionistas minoritários pelas obrigações da companhia.

²⁰ Cf. BLAIR, Margaret Blair; POLLMAN, Elizabeth Pollman. The Derivative Nature of Corporate Constitutional Rights. *William and Mary Law Review*, v. 56, p. 1673-1733, 2015. As autoras criticam a decisão da Suprema Corte dos EUA em *Hobby Lobby* por não explicar “*why the shareholders were the appropriate persons from whom to derive a religious exemption from an employee health benefit requirement for the corporation, despite one of the corporations involved having more than 13,000 employees, whose religious beliefs were not considered*”.

²¹ Cf. BOREK, T. Christopher; FRATTARELLI, Angelo; HART; Oliver Hart. Tax Shelters or Efficient Tax Planning? A Theory of the Firm Perspective on the Economic Substance Doctrine. *The Journal of Law and Economics*, v. 57, p. 975, 2000.

aqui se refere à licitude do uso da forma societária para contornar ou modificar as restrições legais ou contratuais existentes. Um exemplo é a criação de uma companhia em uma jurisdição estrangeira, coberta por um tratado de investimento mais vantajoso, com o objetivo de se obter proteção legal contra o Estado de origem. Outro exemplo ocorre quando uma companhia é formada para que o fundador fuja de restrições contratuais ou regulatórias impostas à sua pessoa natural. Sendo assim, apesar de seus benefícios, a separação regulatória pode facilmente servir para frustrar os legítimos esforços regulatórios do Estado. Justamente porque a companhia serve como umnexo distinto para a regulação, ela opera como um instrumento por excelência para fins de evasão regulatória. Isso significa que o *tradeoff* essencial entre separação regulatória e desconsideração regulatória está relacionado aos benefícios de reduzir os custos regulatórios e facilitar a transferência de ações, por um lado, e o dano potencial à eficácia da regulação, por outro.

III. A origem da desconsideração regulatória

Após examinar os traços distintivos da separação e da desconsideração regulatória, passa-se a descrever brevemente algumas de suas primeiras manifestações na História do Direito. Os exemplos que se seguem são meramente ilustrativos, e não taxativos. A narrativa é oferecida com o objetivo de demonstrar as raízes históricas, o funcionamento e a amplitude desse fenômeno.

O papel das sociedades comerciais na segregação e abstração do status do sócio tem antecedentes históricos longínquos. A ocultação da identidade do investidor foi central para a forma da sociedade em comandita simples dos séculos XVII e XVIII, que foi importante precursora da responsabilidade limitada no direito comercial. Em uma época na qual vigorava profunda aversão cristã pelo comércio e mesmo a proibição formal

do seu exercício pela nobreza, as sociedades em comanditas permitiam que nobres investissem em sociedades comerciais como sócios ocultos, mantendo suas identidades anônimas²². Essa experiência histórica ilustra que a ocultação da identidade do sócio e de seu status jurídico – mesmo que em deliberada evasão às leis ou normas sociais existentes – pode muito bem ter efeitos econômicos benéficos²³.

Se o uso de sociedades comerciais para fins de separação regulatória tem um longo histórico, o mesmo acontece com a sua desconsideração. A desconsideração regulatória (*veil peeking*) parece ter precedido a desconsideração patrimonial (*veil piercing*), o que não é surpreendente tendo em vista o aparecimento relativamente tardio da responsabilidade limitada como um atributo universal do tipo de sociedade anônima.²⁴ Na famosa decisão de 1897 no caso *Solomon versus A. Solomon & Co.*²⁵, a Câmara dos Lordes da Inglaterra se recusou veementemente a perfurar o véu da pessoa jurídica e ultrapassar a proteção da separação patrimonial proporcionada pela companhia. Por outro lado, a Suprema Corte dos Estados Unidos procedeu à desconsideração regulatória já em 1809 no caso *Bank of the United States versus Deveaux*²⁶.

²² KESSLER, Amalia D. Limited Liability in Context: Lessons from the French Origins of the American Limited Partnership. *The Journal of Legal Studies*, v. 32, p. 511, 2003. A autora argumenta que a responsabilidade limitada nesse contexto era essencialmente um corolário da ausência de ingerência e ocultação dos sócios comanditários.

²³ Desde a promulgação do Código Comercial em 1807, a forma de companhia na França é conhecida como “sociedade anônima” (*société anonyme*), expressão utilizada até hoje por jurisdições de língua francesa, espanhola e portuguesa.

²⁴ Cf., por exemplo, que “*truly limited shareholder liability was far from the norm in America even as late as 1900*” In: HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York: Oxford University Press, 1992, p. 94. Ademais, que a lei da Califórnia não previa responsabilidade limitada até 1931, em WEINSTEIN, Mark I. Share Price Changes and the Arrival of Limited Liability in California. *The Journal of Legal Studies*, v. 32, n.1, 2013.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*, [1897] A.C. 22 (H.L.) 38.

²⁶ ESTADOS UNIDOS. *Bank of the United States v. Deveaux*, 9 EUA 61 (1809).

a) Primeira discussão na Suprema Corte norte-americana

O caso *Deveaux* dizia respeito a uma ação judicial movida pelo fisco da Geórgia contra o primeiro Banco dos Estados Unidos²⁷. Criado pelo governo dos norte-americanos após muita disputa sobre a existência de poderes federais para constituir companhias, o Banco permaneceu controverso e criou inimizades com Thomas Jefferson e seus aliados na Geórgia, que então impuseram altos impostos à instituição. Buscando evitar o provável preconceito do Judiciário da Geórgia quanto à questão, o Banco ingressou com ação na justiça federal com base no Artigo III, seção 2, da Constituição dos EUA, que concede às cortes federais autoridade para decidir disputas “*between Citizens of different States*”²⁸.

Nas palavras do Justice Marshall, então Presidente da Suprema Corte Marshall, “[t]hat invisible, intangible, and artificial being, that mere legal entity, a corporation aggregate, certainly not a citizen; and, consequently, cannot s process or be processed in the court of the United States, unless the rights of the members, in this respect, can be exercised in their corporate name”²⁹. Decidiu, em vez disso, “look to the character of the individuals who compose the corporation”, que eram cidadãos da Pensilvânia, autorizando assim a jurisdição federal da diversidade³⁰.

Considerando os fatos do caso (e, em particular, a potencial ausência de isenção dos juízes da Geórgia), a decisão da Suprema Corte em *Deveaux* pode muito bem ter sido funcional do ponto de vista do direito constitucional e societário. No entanto, a aplicação do amplo método da desconsideração regulatória proposto por *Deveaux* para casos futuros foi

²⁷ Id. 25. Para obter uma descrição do caso e seu plano de fundo cf. WINKLER, Adam. *We the Corporations: How American Business Won Their Civil Rights*. New York: W&W Norton Company, 2018.

²⁸ Id. 25 (destacou-se).

²⁹ Id. 25, p. 91 (destacou-se).

³⁰ Id. 25, p. 91-92. O juiz Marshall, no entanto, não investigou, de fato, a adesão do Banco, que permaneceu “*abstract, undefined, and unexamined*” (destacou-se).

claramente disfuncional, levando ao seu abandono. Dada a exigência de completa diversidade de cidadania dos diretores, a presença de um único diretor com a mesma cidadania da contraparte era tido como suficiente para derrotar a autoridade dos tribunais federais. Este critério foi, portanto, facilmente manipulado, permitindo que as companhias evitassem a jurisdição da diversidade por meio dos diretores oportunistas nomeados antes do início do litígio. A partir de 1844, a Suprema Corte pôs fim à desconsideração regulatória para fins de conflito de competência, passando a recorrer ao critério do estado de constituição da sociedade para a atribuição da cidadania³¹. Dada a sua disfuncionalidade em vista da livre circulação das ações e da mutabilidade dos administradores de companhias, parece não haver outros exemplos história de desconsideração regulatória com base na identidade de acionistas não-controladores ou de um único diretor.

b) Sociedades inimigas na Primeira Guerra Mundial

As restrições de guerra também colocaram em xeque o rigoroso regime de separação regulatória previsto pela forma societária. As cortes britânicas, geralmente relutantes em recorrer à desconsideração patrimonial para responsabilizar acionistas por dívidas da companhia³², acolheram a desconsideração regulatória ainda em 1916. A pergunta perante a *House of Lords* no famoso caso *Daimler Co., Ltd. versus*

³¹ Cf. ESTADOS UNIDOS. *Louisville, Cincinnati & Charleston Railroad v. Letson*, 43 U.S. (2 How.) 497 (1844): constatou que a sociedade era “an inhabitant of the same state, for the purposes of its incorporation, capable of being treated as a citizen of that state, as much as a natural person” (destacou-se). E também em ESTADOS UNIDOS. *Marshall v. Baltimore & O.R.R.*, 57 U.S. (16 How.) 314, 328-29 (1853) que impôs uma presunção conclusiva de que todos os acionistas são cidadãos do estado de constituição da empresa.

³² TAN, Cheng; WANG, Jiangyu; HOFMANN, Christian. Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives. *Berkeley Business Law Journal*, v. 16, p. 140, 2019. Os autores descrevem a abordagem restritiva à desconsideração patrimonial (*veil piercing*) no Reino Unido.

*Continental Tyre e Rubber Co. (Great Britain) Ltd.*³³ era a seguinte: uma companhia constituída na Inglaterra, cujos administradores e praticamente todos os acionistas eram alemães e residiam na Alemanha, deveria ser qualificada como inimiga para fins das proibições comerciais decretadas durante a Primeira Guerra Mundial? Citando a relevante decisão de Marshall em *Deveaux*, a Câmara dos Lordes considerou que era compatível com os princípios do *common law* “to look, at least for some purposes, behind the corporation and consider the quality of its members”³⁴.

A decisão de Lord Parker de Waddington distingue efetivamente entre a desconsideração patrimonial e a desconsideração regulatória sem utilizar a mesma nomenclatura. Seu voto cita com aprovação o famoso precedente da *Salomon versus Salomon & Co.* relativamente à proposição de que uma companhia propriamente constituída é uma pessoa jurídica independente com direitos e responsabilidades próprias. No entanto, Lord Parker de Waddington assim argumenta: “it is [not] a necessary corollary of this reasoning to say that the character of its incorporators must be irrelevant to the character of the company; and this is crucial, for the rule against trading with the enemy depends upon enemy character”³⁵.

O voto no caso *Daimler* concentrou-se na conciliação do regime jurídico que rege as pessoas jurídicas e as pessoas naturais, uma vez que estas últimas poderiam tornar-se inimigas por se envolverem em ajuda ativa ou por viverem em território inimigo. Sustentava que, para uma pessoa jurídica, o análogo à residência voluntária em território inimigo era encontrado no controle societário. A Corte recusou-se, assim, a permitir

³³ ESTADOS UNIDOS. *Daimler Co., Ltd. V. Continental Tyre e Rubber Co. (Great Britain) Ltd.*, [1916] 2 AC 307 (Lord Parker of Waddington).

³⁴ Id. 25, p. 342 (destacou-se).

³⁵ Id. 32, p. 338 (destacou-se).

the paradoxical result that the King's enemies, who chance during war to constitute the entire body of incorporators in a company registered in England, thereby pass out of the range of legal vision, and, instead, the corporation, which in itself is incapable of loyalty, or enmity, or residence, or of anything but bare existence in contemplation of law and registration under some system of law, takes their place for almost the most important of all purposes, that of being classed among the King's friends or among his foes in time of war. ³⁶

c) Primeiras aplicações regulatórias e antitruste

Os primeiros casos antitruste produziram alguns dos casos mais nítidos de *veil peeking* como resposta à evasão regulatória. Tomemos o proeminente precedente de *State versus Standard Oil*, decidido pelo Supremo Corte de Ohio em 1892³⁷. Nessa ação, o Procurador-Geral do Estado procurou dissolver a *Standard Oil Company of Ohio* pelo abuso ao firmar um *trust agreement* contrário à ordem pública. A *Standard Oil Trust* foi constituída em 1882 para deter e controlar as ações de 84 companhias distintas em benefício dos acionistas da *Standard Oil Company of Ohio* ³⁸. No entanto, as partes do acordo eram os acionistas das companhias envolvidas e não as próprias companhias.

Suscitou-se, então, a questão sobre a possibilidade de se atribuir-se a ação dos acionistas à *Standard Oil of Ohio* a fim de punir a companhia por sua ilegalidade³⁹. Em resposta afirmativa, o tribunal de Ohio argumentou que a separação societária, embora seja uma ficção útil para fins de partilha de bens e contratação, deve ser desconsiderada quando utilizada para

³⁶ Id. 32, p. 340 (destacou-se).

³⁷ ESTADOS UNIDOS. *State v. Standard Oil*, 49 Ohio St. 137, 30 N.E. 279 (1892).

³⁸ WILGUS, Horace LaFayette. *Standard Oil Decision: The Rule of Reason*. *Michigan Law Review*, v. 9, n. 911, p. 643-670, 1911, p. 643-648.

³⁹ Nas palavras do juiz Minshall, "the real question we are now to determine is whether... the execution of the agreement set forth in the petition should be imputed to the association of persons constituting the *Standard Oil Company of Ohio*, acting in their corporate capacity" (destacou-se), id. 36. Cf., também, ESTADOS UNIDOS. *Behn, Meyer & Co., Ltd. v. Miller*, 266 U.S. 457 (1925).

outros fins⁴⁰. O Tribunal entendeu que quando todos ou a maioria dos acionistas

do an act which is designed to affect the property and business of the company... and the act so done is ultra vires of the corporation, and against public policy, and was done in their individual capacities, for the purpose of concealing their real purpose and object, the act should be regarded as the act of the corporation, and, to prevent the abuse of corporate power, may be challenged as such by the state. ⁴¹.

Embora o Tribunal tenha constatado que a possível perda da *charter* da *Standard Oil of Ohio* já estava coberta pela prescrição, houve por bem espiar pelo véu para impedir a companhia de firmar e cumprir o *trust agreement*. A *Standard Oil Trust* foi então liquidada e as ações foram restituídas para várias companhias, que mais tarde foram novamente reagrupadas como a *Standard Oil Company of New Jersey*, uma companhia *holding* formada sob a nova lei societária liberal de New Jersey. A decisão de Ohio acabou sendo ineficaz no desmantelamento da *Standard Oil*, que só ocorreria após a decisão da Suprema Corte dos EUA de 1910, que aplicou o *Sherman Act* de 1890⁴².

A decisão da *Ohio Standard Oil* não foi a única a mitigar a separação regulatória para assegurar a aplicação das leis concorrenciais. Dois anos

⁴⁰ “The general proposition that a corporation is to be regarded as a legal entity, existing separate and apart from the natural persons composing it, is not disputed; but that the statement is a mere fiction, existing only in idea, is well understood, and not controverted by anyone who pretends to accurate knowledge on the subject. It has been introduced for the convenience of the company in making contracts, in acquiring property for corporate purposes, in suing and being sued, and to preserve the limited liability of the stockholders, by distinguishing between the corporate debts and property of the company and of the stockholders in their capacity as individuals. All fictions of law have been introduced for the purpose of convenience, and to subserve the ends of justice. It is in this sense that the maxim in *fictione juris subsistit aequitas* is used, and the doctrine of fictions applied. But when they are urged to an intent and purpose not within the reason and policy of the fiction, they have always been disregarded by the courts. Broom, *Leg. Max.* 130. ‘It is a certain rule,’ says Lord Mansfield, C. J., ‘that a fiction of law shall never be contradicted so as to defeat the end for which it was invented, but for every other purpose it may be contradicted’ (destacou-se), id. 36, p. 287.

⁴¹ Id. 36, p. 290 (destacou-se).

⁴² ESTADOS UNIDOS. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1910).

antes, o estado de Nova York também havia procurado dissolver uma empresa com base em acordos de confiança ilegais assinados por seus membros. No caso paradigma do *People versus North River Sugar Refining Company*⁴³, a Corte de Apelações de Nova Iorque decidiu “*look beneath [the entity] at the actions of the individuals upon whom the franchise was conferred*” com o objetivo de atribuir tal ação à empresa⁴⁴. Esses primeiros casos são emblemáticos da grande propensão ao *veil peeking* no contexto do direito concorrencial – tendência essa que se mostraria duradoura em um campo que recorrentemente considera a identidade dos sócios para fins regulatórios.

d) A discriminação da era Jim Crow

As leis segregacionistas da era Jim Crow fornecem um exemplo flagrante de tratamento jurídico discriminatório entre pessoas naturais. Nesse contexto, a constituição de uma nova pessoa jurídica poderia oferecer uma separação regulatória e, assim, servir para contornar algumas dessas restrições odiosas. O caso da *People’s Pleasure Park Co. versus Rohleder*⁴⁵ traz justamente o cenário em que um ex-escravo criou uma pessoa jurídica para evitar a aplicação de um pacto proibitivo da transferência de propriedade para “*colored persons*”⁴⁶. Apesar da óbvia tentativa de usar a forma de companhia para fugir das restrições jurídicas, a corte da Virgínia se recusou a aplicar a desconsideração regulatória para atribuir a raça do acionista à companhia. Ao invés disso, sustentou: “*in law, there can be no such thing as a colored corporation*”⁴⁷.

⁴³ ESTADOS UNIDOS. *People v. North River Sugar Refining Company*, 121 N.Y. 582 (1890).

⁴⁴ Id. 42 (destacou-se).

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. *People’s Pleasure Park Co. v. Rohleder*, 121 N.Y. 582 (1890). Para uma ampla discussão do caso, cf. BROOKS, Richard R. W. Incorporating Race. *Columbia Law Review*, v. 106, p. 2023, 2006.

⁴⁶ Id. 44 (destacou-se).

⁴⁷ Id. 44 (destacou-se).

Os casos acima ilustram o notável pedigree histórico da desconsideração regulatória até mesmo em contextos relativamente refratários à desconsideração patrimonial, como os dos Estados Unidos e o da Inglaterra.

Essa breve revisão histórica demonstra que a desconsideração regulatória é, há muito, uma realidade na prática jurídica, inclusive, anterior à aplicação da desconsideração patrimonial. Na seção a seguir apresenta-se os critérios jurídicos para a desconsideração regulatória, evidenciando que esses são distintos daqueles cominados para a desconsideração patrimonial.

IV. Desconsideração regulatória da personalidade jurídica: critérios jurídicos

Tal como ocorre em outros países, a legislação brasileira não contém regra específica sobre a desconsideração regulatória. Percebe-se da dicção do Art. 50⁴⁸, bem como dos dispositivos mencionados na legislação consumerista⁴⁹ e ambiental⁵⁰, que esses tratam exclusivamente de exceções à separação patrimonial. Temos notícia de que apenas a legislação israelense apresenta regra própria sobre a desconsideração regulatória, distinguindo-a da desconsideração patrimonial, embora sem lhe nomear⁵¹.

⁴⁸ Lei nº. 10.406/2002, art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)”.

⁴⁹Lei nº. 8.078/1990, art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º *Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*” (grifou-se).

⁵⁰ Lei nº. 9.605/1998, art. 4º: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

⁵¹ Na legislação de Israel enquanto o Artigo 6(a) exige fraude ou subversão do propósito da empresa para a imposição de responsabilidade aos acionistas (saída de bens), o Artigo 6(b) permite que os tribunais confirmem atributos, direitos ou obrigações dos acionistas à companhia ou vice-versa (saída regulamentar) “*if it is right and just to do so, having taken into account the intention of the statute or of the agreement that applies to the matter before it.*” In:

A recente Lei da Liberdade Econômica alterou o Art. 50 do Código Civil para explicitar o significado dos elementos do abuso da personalidade jurídica exigidos pela chamada “teoria maior” para a mitigação da separação patrimonial, quais sejam, o “desvio de finalidade” e a “confusão patrimonial”. Ao assim proceder, a lei consolidou o entendimento jurisprudencial restritivo em matéria civil e empresarial, o qual já aplicava a mais exigente teoria maior, cujos requisitos são, via de regra, funcionais para os casos de desconsideração patrimonial nesta seara. Não alterou, porém, a legislação especial que consagra a teoria menor para a responsabilização de sócios e administradores em outros campos.

Os casos de desconsideração regulatória decorrem justamente da ausência de regramento legal específico sobre o tratamento de pessoas relacionadas ou integrantes de um mesmo grupo econômico. A desconsideração regulatória entra em jogo quando a constituição, lei, tratado ou contrato em questão não é clara quanto ao tratamento das pessoas jurídicas. Ao decidir tais controvérsias, os tribunais devem recorrer às técnicas tradicionais de integração de lacunas legais e contratuais, com especial atenção ao fim econômico e social da lei e do contrato em questão.

Controvérsias atinentes à desconsideração regulatória são bastante comuns na seara contratual. Exemplo clássico há muito reconhecido pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional é o que estende a proibição de concorrência a uma sociedade constituída pelo contratante original a fim de elidir a vedação contratual. A desconsideração regulatória nesse caso serve para, mais uma vez, imputar-se o dever contratual previsto literalmente para o sócio também à pessoa jurídica sob seu controle, tendo em vista o fim econômico do contrato. Disputas mais complexas,

mas também recorrentes, concernem à extensão dos deveres contratuais a outras sociedades controladas integrantes do mesmo grupo econômico ou à extensão da mesma interpretação contratual a sociedades do mesmo grupo que pactuam contrato coligado utilizando cláusula idêntica.

Não é necessário demonstrar desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos termos do Art. 50, para a desconsideração regulatória na seara contratual. Por exemplo, a sociedade que firma o negócio jurídico se sujeita aos deveres anexos de cooperação e colaboração decorrentes da boa-fé objetiva⁵². Por certo, esses deveres abrangem o dever de não exercer seu poder de controle em suas subsidiárias integrais para que estas adotem posturas contraditórias ao contrato firmado, de modo a frustrar os objetivos dos negócios celebrados. Do contrário, estar-se-ia diante de inafastável hipótese de abuso de direito por afronta aos limites impostos pela boa-fé objetiva.

Como a desconsideração regulatória judicial diz respeito essencialmente ao preenchimento de lacunas na lei ou contrato, os tribunais devem considerar os propósitos da lei em questão em questão, e até que ponto a manutenção da separação regulatória pode comprometer a eficácia desejada da lei ou o fim do contrato. De qualquer forma, os custos e benefícios da desconsideração regulatória devem ser avaliados tendo em vista os objetivos particulares de uma determinada norma e a área do direito. Como corretamente argumentado há quase um século, “*the question whether a corporation is an entity separate and distinct from the stockholders cannot be asked, or answered, in vacuo*”⁵³.

⁵² Lei nº. 10.406/ 2002, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵³ LATTY, Elvin R. Corporate Entity as a Solvent of Legal Problems. *Michigan Law Review*, v. 34, n. 5, p. 597-636, 1936. Nesse mesmo artigo, p. 621, o autor argumenta que “[t]he defects of the intransigent conceptualism which apparently accompanies the entity technique are of themselves a source of danger in legal thinking”.

Como diferentes fenômenos funcionais, a desconsideração patrimonial e a funcional estão sujeitas a concreções distintas. Com efeito, a aplicação da desconsideração regulatória varia segundo o ramo do direito e a regra em questão (fenômeno que também se verifica, em menor medida, com relação à desconsideração patrimonial). A responsabilização dos acionistas em um determinado caso de desconsideração patrimonial não importa na eliminação da desconsideração regulatória para outros fins, e vice-versa.

V. A desconsideração regulatória no Brasil

São muitas as hipóteses de desconsideração regulatória no direito brasileiro. O trabalho clássico de Rubens Requião sobre a desconsideração da personalidade jurídica cuidava de forma crítica, embora implícita, de hipóteses de desconsideração regulatória para além de hipóteses de desconsideração patrimonial. Em suas palavras:

Todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo de fraude, sobretudo para contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais. Lembramo-nos de certa representação dirigida à autoridade estadual contra a participação, em concorrência pública, de sociedade constituída pela esposa de um funcionário da mesma repartição, em que o recurso foi descartado sob o argumento de que se tratava de pessoa jurídica, e como tal distinta das pessoas que a compunham...⁵⁴

Não obstante o silêncio da legislação nacional, os tribunais brasileiros têm decorrido à desconsideração regulatória nas mais diversas situações. Como exemplo jurisprudencial clássico citado por Calixto Salomão Filho, a Súmula 486 do Supremo Tribunal Federal permitia, segundo a lei de

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (*Disregard Doctrine*). *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12-24, 1969, p. 12-13.

locações, a retomada de imóvel para uso de sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, fosse sócio.⁵⁵ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria de bem de família oferece outra concretização relevante de desconsideração regulatória em benefício de sócio. Segundo o Tribunal, a impenhorabilidade garantida pela Lei 8.009 de 1990 deve abranger o bem imóvel que serve como moradia à família conquanto seja propriedade da sociedade controlada pelos moradores.⁵⁶

Os precedentes da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) têm abordado diversos casos de desconsideração regulatória, corretamente deixando de aplicar o regime previsto pelo Art. 50 do Código Civil, próprios da desconsideração patrimonial. Por exemplo, a CVM tem reconhecido que o impedimento de voto aplicável a acionista em situação de conflito de interesse também se estende à sociedade por ele controlada. Em raciocínio irretocável, assim observou o diretor Paulo Renteria no julgamento do caso Forja Taurus:

Como efeito, não se está a questionar que a sociedade Estimapar constitua centro autônomo de imputação de efeitos jurídicos, apto a contrair, na ordem jurídica, direitos e deveres. Tampouco se está a relativizar um dos mais importantes corolários do aludido princípio, que é a separação entre o patrimônio da sociedade e o de seus sócios, em virtude do qual, em via de regra, aquela responde apenas com os seus bens.

O que a SEP está a dizer, e a meu ver com razão, é que, sendo titular de 90% das cotas, Luis Estima tinha poder para determinar a vontade exteriorizada pela Estimapar. Significa apenas reconhecer que, nessas circunstâncias, Luis Estima estava em condição de impor sua própria vontade por meio daquela manifestada pela referida sociedade.

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*, *op. cit.*

⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 621.399-RS, Primeira Turma, Rel. Min Luiz Fux, J. 19.04.2005, DJ. 22.02.2006, apontando a *ratio essendi* da Lei 8.009/90.

Sendo assim, se a lei proíbe o acionista-administrador de exercer of voto em relação a determinadas matérias, parece-me forçoso reconhecer que ele não pode fazê-lo diretamente ou indiretamente por intermédio de sociedade sob sua completa influência. Afinal, se a norma procura afastar da deliberação a vontade do administrador, não é lógico nem razoável admitir que essa vontade se manifeste por meio diverso, mas com a mesma efetividade.⁵⁷

O acolhimento da desconsideração regulatória pela CVM no caso Forja Taurus não importa na sua adoção pela autarquia em outras hipóteses. O caso Cosan, decidido em 2019, referia-se à aplicação do art. 152 da Lei das Sociedades por Ações, que exige a aprovação pela assembleia-geral da remuneração global dos administradores da companhia. A questão era a seguinte: a exigência de aprovação alcançava a remuneração percebida pelos mesmos administradores pelos cargos em companhias controladas? A decisão do colegiado pela autarquia, que entendeu pela não aplicação do dispositivo à remuneração recebida por sociedades controladas, teve por fundamento a estrutura e fim da lei, deixando de invocar – com razão – os requisitos do art. 50 do Código Civil.⁵⁸

Por certo, as exceções à separação regulatória também podem vir previstas na lei ou na Constituição, tornando despicienda a desconsideração por via judicial. São assim as hipóteses, bastante corriqueiras, de exigência de controle nacional em determinados setores econômicos. É o que ocorre, também, nas hipóteses da legislação tributária que explicitamente consideram a identidade dos sócios e as suas demais participações societárias para permitir ou vedar a inclusão de determinada pessoa jurídica no regime do SIMPLES Nacional.⁵⁹

⁵⁷ Comissão de Valores Mobiliários, Processo Administrativo Sancionador RJ2014/10556, julgado em 24 de outubro de 2017.

⁵⁸ Comissão de Valores Mobiliários, Processo Administrativo Sancionador 19957.007396-2017-00, julgado em 27 de agosto de 2019.

⁵⁹ Ver, por exemplo, Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, Art. 3º, § 4º, IV.

VI. Conclusão

A separação das esferas jurídicas proporcionada pela personalidade jurídica possui duas dimensões: a patrimonial e a regulatória. Embora a doutrina tenha há muito identificado a separação patrimonial e fornecido critérios para a sua desconsideração, a separação regulatória tem sido ignorada. Além de absolutamente essencial para o funcionamento de pessoas jurídicas com muitos membros, a separação regulatória é a razão precípua para a constituição de um número significativo de companhias ao redor do mundo, propiciando a escolha do marco legal aplicável. Separação e desconsideração regulatórias são elementos essenciais da prática jurídica, mas até então inominados.

O presente artigo cuidou da distinção estrutural, funcional e jurídica entre a desconsideração patrimonial e a desconsideração regulatória, sublinhando a necessidade de aplicação de critérios jurídicos distintos. Em especial, a aplicação da desconsideração regulatória depende do fim da lei ou contrato em questão, não sendo regida pelos critérios de desvio de finalidade e confusão patrimonial exigidos para a desconsideração patrimonial nos termos do art. 50 do Código Civil. O reconhecimento do amplo recurso à desconsideração regulatória ajuda a desmistificar a ideia de que a separação conferida pela personalidade jurídica tem natureza absoluta. Ao contrário, aplica-se de forma intermitente (“*on and off*”) a depender das necessidades do regime jurídico em questão.

A Proteção Autoral do Video Game

*Martina Gaudie Ley Recena **

Introdução

Os primeiros jogos eletrônicos foram desenvolvidos em bases militares estadunidenses, com objetivo de distrair os recrutas. A partir desses jogos, em 1950, criaram-se dois segmentos: um segmento foi criado por Marty Bromley ao lançar o programa SEGA (SErvice GAMES), que deu origem ao fliperama; que, por sua vez, originou o videogame de console; enquanto o segundo segmento foi criado por professores e alunos ao desenvolverem jogos para computadores de grande porte (*mainframe*), que originaram os jogos de computador¹.

Ao longo das décadas seguintes, ambos os segmentos foram se desenvolvendo e em 1972 o primeiro console de games para uso doméstico foi lançado nos Estados Unidos, mas foi em 1980 que se tornou comum a venda de versões domésticas dos jogos (cartuchos) eletrônicos (videogames)².

O faturamento nesse nicho vem crescendo a cada ano, tendo atingido, no biênio 2016-2017, valores superiores ao da indústria cinematográfica e ao da música estadunidenses³, consideradas conjuntamente, inclusive

* Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), na linha de pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação. Especialista em Direito Empresarial pela UniRitter. Advogada e bolsista CAPES.

¹ NOVAK, Jeannie. Desenvolvimento de Games. Tradução Pedro Cesar de Conti. Revisão técnica Paulo Marcos Figueiredo de Andrade. São Paulo: Cengage Learning, 2017, pg.14.

² NOVAK, Jeannie. Desenvolvimento de Games. Tradução Pedro Cesar de Conti. Revisão técnica Paulo Marcos Figueiredo de Andrade. São Paulo: Cengage Learning, 2017, pg.18.

³ VIDOR, George. **O mercado de ‘games’ no mundo fatura mais que cinema e música, somados**: No Brasil, setor se expande mais de 10%. O Globo. Online, 25/05/2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/o-mercado-de-games-no-mundo-fatura-mais-que-cinema-musica-somados-16251427>. Acessado em 28/07/2017.

superando o faturamento de *Hollywood*⁴. No Brasil não foi diferente, apesar da crise vivida desde 2016, o setor de games tem arrecadado, em média, 1,5 bilhões de dólares ao ano, tendo receita de 1,3 bilhão em 2017, de 1,5 bilhão em 2018⁵ e de 1,6 bilhão em 2019⁶.

Com a pandemia do novo Coronavírus decretada em 16/03/2020, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o isolamento social tornou-se uma realidade, em maior ou menor grau, em todo os países do mundo. Com este cenário posto, as pessoas viram-se obrigadas a procurar alternativas virtuais de entretenimento. Assim, a indústria de jogos eletrônicos, que já vinha apresentando desenvolvimento significativo, cresceu 20%, tendo um aumento de 140% nas transações feitas dentro das principais plataformas e consoles⁷ e movimentado US\$165,9 bilhões mundialmente⁸.

Flagrante, assim, a relevância econômica desse setor.

Quanto maiores as quantias envolvidas, maior é o número de interessados em participar; nem sempre de forma lícita. No Brasil, a década de 80 foi marcada pela utilização da engenharia reversa nos consoles estadunidenses para criação dos consoles brasileiros, apelidados de “console

⁴ FERREIRA, Matheus. **Indústria de games supera o faturamento de Hollywood**: Mercado de jogos eletrônicos deverá superar o valor de US\$100 bilhões até 2017. Jovens Jornalistas. UFG. Online. Disponível em: <<http://www.webnoticias.fic.ufg.br/n/68881-industria-de-games-supera-o-faturamento-de-hollywood>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁵ Agência Brasil. **Mercado de games no Brasil deve crescer 5,3% até 2022, diz estudo**. Exame. Online, 03/08/2019. Disponível em: <https://exame.com/negocios/mercado-de-games-no-brasil-deve-crescer-53-ate-2022-diz-estudo/>. Acesso em 17/04/2021.

⁶ SOUSA, Ana Paula. **Distanciamento na pandemia impulsiona indústria de games no Brasil**: Aumento do uso de jogos acelera crescimento do setor e abre possibilidades para criadores brasileiros. Valor Econômico. Online, 16/04/2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2021/04/16/distanciamento-na-pandemia-impulsiona-industria-de-games-no-brasil.ghtml>. Acesso em 17/04/2021.

⁷ LARGHI, Nathália. **Com pandemia, mercado de games cresce 140% no Brasil, aponta estudo**: Estudo da Visa mostrou que transações feitas em plataformas e consoles mais que duplicaram no ano passado. Valor Investe (Globo). Online., 23/01/2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/gastar-bem/noticia/2021/01/23/com-pandemia-mercado-de-games-cresce-140percent-no-brasil-aponta-estudo.ghtml>. Acesso em 17/04/2021.

⁸ SOUSA, Ana Paula. **Distanciamento na pandemia impulsiona indústria de games no Brasil**: Aumento do uso de jogos acelera crescimento do setor e abre possibilidades para criadores brasileiros. Valor Econômico. Online, 16/04/2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2021/04/16/distanciamento-na-pandemia-impulsiona-industria-de-games-no-brasil.ghtml>. Acesso em 17/04/2021.

clones”⁹. Em razão da reserva de mercado existente, cartuchos piratas, sistemas falsificados ou contrabando de consoles e jogos eram a forma existente para jogar jogos eletrônicos¹⁰.

Apesar da origem ilegal dos jogos no Brasil, atualmente o mercado brasileiro é considerado o 3º maior mercado de jogadores no mundo¹¹. O Brasil contava em 2011 com 384 incubadoras em operação, que abrigavam 2.640 empresas e 16.394 postos de trabalho¹² – específicos no setor de jogos eletrônicos – possuindo vínculo estreito com a academia. Pesquisa encomendada pelo BNDES demonstra que diversos são os serviços solicitados pelas incubadas, dentre elas os serviços jurídicos¹³.

Em que pese demandas judiciais envolvendo jogos eletrônicos e direitos autorais não montem número expressivo, é importante que o direito esteja preparado para solucionar eventuais disputas e controversas que possam surgir, frente ao significativo crescimento da indústria em questão.

1. Elaboração de Jogos Eletrônicos

Os jogos eletrônicos se apresentam em cinco plataformas diferentes: fliperama, console, computador, portáteis e jogos de mesa. Os jogos para console, computador e portáteis podem ser online ou não, mas o processo de desenvolvimento de ambos é o mesmo¹⁴.

⁹ FALCÃO, Pedro. **Ataque dos clones:** os grandes consoles brasileiros. Red Bull. Online. Disponível em: <https://www.redbull.com/br-pt/ataque-dos-clones-os-grandes-consoles-brasileiros-paralelos> Acesso em 11 fev. 2019.

¹⁰ JOHNSON, Jason. **A pirataria de videogames é parte da história no Brasil.** Intel. Online. Disponível em: <https://iq.intel.com.br/a-pirataria-de-videogames-e-parte-da-historia-no-brasil/> acesso em 11 fev. 2019.

¹¹ **Do GameHall.** Uol. Online. Disponível em: <https://jogos.uol.com.br/ultimas-noticias/2018/08/06/brasil-possui-3-maior-mercado-de-jogadores-de-games.htm>. Acesso em 11 fev. 2019.

¹² SAKUDA, Luiz Ojama. **Mapa Preliminar da Indústria:** Incubadoras e Aceleradoras na Indústria de Games. GEDIGames: Grupo de Estudos e Desenvolvimento da Indústria de Games. Pesquisa encomendada pelo BNDES em 27 de maio de 2013. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/oByQwQiUajB3mRHJxdztReUVvUHIVQVoyd1dBTTZTWHLjZ2Eo/view> Acesso em 11 fev. 2019.

¹³ Idem

¹⁴ BIURRUM, Gabriel Regis. **Desenvolvimento de Jogos Eletrônicos com HTML5.** UESB: Vitória da Conquista, 2015.

Esteban Clua e João Bittencourt¹⁵ separam o processo de desenvolvimento em cinco etapas: (i) confecção do *design bible*; (ii) Produção de áudio e imagem 2D; (iii) modelagem 3D; (iv) Desenvolvimento dos artefatos computacionais; e (v) Integração dos aspectos artísticos com os computacionais. Tarcísio Meneghetti¹⁶ separa em nove etapas: (i) Ideia/Conceito; (ii) Rascunhos do jogo/Pré-Produção; (iii) Protótipo; (iv) Game Design Document; (v) Roteiro/storyboard/diálogos; (vi) Produção; (vii) Programação da mecânica do jogo; (viii) Programador dos gráficos em 3D; (ix) Programador de ferramentas.

Apesar das duas classificações apresentadas, compreende-se como a mais adequada e didática a realizada por Jeanne Novak¹⁷ que traz cinco fases: (i) Conceito; (ii) Pré-Produção; (iii) Protótipo; (iv) Produção, que se subdivide em alfa, beta e ouro; e (v) Pós-produção. É perceptível, já nos títulos das fases, a existência de semelhança com as classificações anteriores, o que não traz prejuízo ao estudo, haja vista que o processo é o mesmo, independentemente do nome atribuído.

Na fase conceito a ideia de jogo é explorada, buscando expandi-la, comumente através de exercícios de *brainstorm*¹⁸, tendo como objetivos a identificação do público alvo, um conceito atraente aos desenvolvedores e ao mercado consumidor, bem como avaliar os recursos da empresa¹⁹. Esses objetivos estão descritos no Documento de Conceito, produzido ao final dessa fase.

¹⁵ CLUA, Esteban Walter Gonzalez; BITTENCOURT, João Ricardo. **Desenvolvimento de Jogos 3D**: Concepção, Design e Programação. Online. Disponível em: www2.ic.uff.br/~esteban/files/Desenvolvimento%20de%20jogos%203D.pdf. Acesso em 17 março 2021.

¹⁶ MENEGHETTI, Tarcísio Vilton. **Autoria e Titularidade em Jogos Eletrônicos**. UFSC: Florianópolis. 2013.

¹⁷ NOVAK, Jeanne. **Desenvolvimento de Games**. Tradução: Pedro Cesar Conti. São Paulo: Cengage Learning. 2017.

¹⁸ PERUCIA, Alexandre Souza et al. **Desenvolvimento de jogos eletrônicos**: teoria e prática. São Paulo: Novatec, 2007. p. 29. *Apud* MENEGHETTI, Tarcísio Vilton. **Autoria e Titularidade em Jogos Eletrônicos**. UFSC: Florianópolis. 2013.

¹⁹ NOVAK, Jeanne. **Desenvolvimento de Games**. Tradução: Pedro Cesar Conti. São Paulo: Cengage Learning. 2017.

O Documento de Conceito ou Documento de Venda tem como finalidade a venda da ideia, a atração de fontes de financiamento, editoras ou outras instâncias decisórias da empresa. Além do público-alvo e da identificação de um conceito atraente, esse documento deve conter a motivação do jogador, o diferencial do jogo, o gênero, a classificação etária, a plataforma de destino e requisitos de hardware, as licenças envolvidas e a análise competitiva²⁰.

Já existindo interessados no game, é elaborada a Proposta do Game²¹, que é um complemento do Documento de Conceito, com uma apresentação mais detalhada, devendo conter o gancho²², modo de jogar, recursos online, tecnologia empregada²³, características da arte e do áudio, detalhe da produção, história anterior²⁴, sinopse da história²⁵, descrição dos personagens, análise de riscos, orçamento de desenvolvimento e a arte conceitual.

Concluída a fase Conceito com a elaboração dos referidos documentos, tem início a fase de Pré-Produção. Nessa fase, Jeanne Novak²⁶ aconselha o desenvolvimento da proposta e o início da fase de planejamento, com a criação do Guia de Estilo da Arte e o Plano de Produção; ao final, serão elaborados os Documentos de Design do Game (DDG) e o Técnico de Design.

²⁰ Idem, pg.366/369.

²¹ Idem, pg. 370/374.

²² *Gancho* é o elemento que atrai os jogadores e os mantém no game. Os ganchos são a razão pela qual o jogo deve ser adquirido.

²³ Esse campo é opcional e só deve ser incluído se se pretende adotar uma tecnologia especial de *software* ou *hardware*.

²⁴ É uma breve descrição de tudo o que ocorreu antes do início do game. Tem como objetivo orientar o jogador quanto à finalidade e ao tipo de ação existentes, às vezes, serve para estabelecer vínculos iniciais com certos personagens.

²⁵ Traz a ideia principal do jogo.

²⁶ NOVAK, Jeanne. **Desenvolvimento de Games**. Tradução: Pedro Cesar Conti. São Paulo: Cengage Learning. 2017. Pg.341

Gabriel Biurrun²⁷ apresenta o Documento de Design do Jogo como uma mescla dos Documentos de Conceito, Proposta de Game e Documento de Design vistos acima, afirmando que o último deve conter as características mais relevantes do jogo, servindo como um material de consulta básica para toda a equipe de desenvolvimento e, ao mesmo tempo, pode ser utilizado como uma apresentação do projeto para captação de investidores.

Como já apresentado, cada documento referido deve conter diversas informações, de modo que a junção dos três em um só traz uma complexidade desnecessária às relações com investidores. Ainda, a apresentação de um Documento de Design do Jogo com todos os elementos abordados anteriormente em um primeiro contato a um pretendo investidor inicial torna-se arriscado no que se refere a questões autorais, pois, conforme será visto a seguir, se trata, por enquanto, de mera ideia – não protegível por direitos autorais.

Mesmo que tal ideia esteja documentada em um relatório, no caso os documentos informados, o que recebe proteção é o documento em si e não as ideias contidas nele. No caso de tais documentos possuírem desenhos, a proteção por direitos autorais pode recair sobre estes, pois desenhos são considerados expressões de uma ideia. Aqui, a proteção dependerá do desenho em si. Ambas as afirmativas serão explicadas nos capítulos seguintes.

A expressão de toda a ideia anteriormente documentada, segundo Jeanne Novak, tem início na fase do protótipo, quando se cria um modelo de baixa fidelidade, geralmente em papéis, cartões e/ou miniaturas. O importante nessa fase é testar a mecânica do modo de jogar e se o jogo é atraente e divertido o suficiente.

²⁷ BIURRUN, Gabriel Regis. *Desenvolvimento de Jogos Eletrônicos com HTML5*. UESB: Vitória da Conquista, 2015.

Tarcísio Meneghetti²⁸ aponta essa fase como o momento de aplicar o protótipo ao público-alvo ou experimentá-lo de alguma forma que permita verificar a aceitação pelo público. Jeanne Novak²⁹ afirma que o protótipo digital é essencial para dar seguimento ao projeto, bem como que investidores e editoras “gostam de ver o game na tela e compreender sua ideia imediatamente”, caso não compreendam e não gostem da ideia do jogo em pouco tempo, cerca de minutos, dificilmente concordarão em continuar financiando o projeto.

Em seguida, inicia-se a fase de produção, que, conforme a doutrinadora cuja classificação se está adotando, se divide em alfa, beta e ouro. Na fase alfa o motor e a interface do usuário estão completos, voltando-se para o acabamento e os ajustes finais do jogo. Segundo Jeanne Novak³⁰, para se vencer essa fase, deve-se concluir (i) o percurso completo de jogo (deve ser jogável do início ao fim); (ii) texto no idioma básico; (iii) interface básica, com documentação preliminar; (iv) compatibilidade com a maioria das configurações de hardware e software especificadas; (v) requisitos mínimos do sistema testados; (vi) maioria das interfaces manuais testadas quanto à compatibilidade; (vii) arte e áudio temporários; (viii) recursos multijogador testados, quando for o caso; e (viii) rascunho do manual do game.

Luís Miguel Fernandes³¹ sugere a disponibilização do jogo na internet para teste, juntamente com um questionário de avaliação, viabilizando o relato de *bugs* (erros) e comentários sobre o jogo. No mesmo sentido é o

²⁸ MENEGHETTI, Tarcísio Vilton. **Autoria e Titularidade em Jogos Eletrônicos**. UFSC: Florianópolis. 2013. Pg.56/57.

²⁹ NOVAK, Jeanne. **Desenvolvimento de Games**. Tradução: Pedro Cesar Conti. São Paulo: Cengage Learning. 2017. Pg.342.

³⁰ Idem, pg.347

³¹ FERNANDES, Luís Miguel Dias. **Guia de Desenvolvimento de Jogos para Programadores Independentes**. ISEP: Porto. Outubro/2015. Disponibilizado em <https://core.ac.uk/download/pdf/47142749.pdf>. Acesso em 17 abril 2021.

estudo de Cristiano Tonéis³², que na versão alfa, tendo o *game* como um protótipo, disponibilizou o jogo a colaboradores para testes e avaliações, que se somariam às realizadas pelo próprio desenvolvedor.

Em seguida, inicia-se a fase beta de produção. Segundo Jeanne Novak é nessa fase que se disponibiliza o jogo para testes online, assim como testa-se o jogo em todas as plataformas para as quais se pretende lança-lo. O objetivo é detectar todos os defeitos e problemas que possam surgir. Consoante a autora, no final dessa fase ocorre o período de “congelamento do código”, onde o trabalho é finalizado e inicia-se a preparação da mídia para reprodução do jogo, sendo permitido somente a solução de “problemas urgentes” – a autora não traz definição nem exemplos do que seriam esses problemas.

A mesma autora informa que para ser considerada finalizada a fase beta, deve estar concluído (i) o código fonte; (ii) o conteúdo; (iii) texto em diferentes idiomas; (iv) navegação pelo percurso do game; (v) interface do usuário; (vi) compatibilidade de hardware e de software; (vii) compatibilidade da interface manual; (viii) arte e áudio; e (ix) manual do game.

Cristiano Tonéis³³ define a produção beta como a versão de pré-lançamento de um jogo ou software. Luiz Miguel Fernandes³⁴ relata nova disponibilização do jogo, agora na fase beta, ou seja, com os *bugs* detectados anteriormente corrigidos, ao público online. Aqui, novamente, são feitas avaliações pelos usuários.

³² TONÉIS, Cristiano Natal. **A Experiência Matemática no Universo dos Jogos Digitais**: O processo do jogar e o raciocínio lógico e matemático. Universidade Anhanguera: São Paulo, 2015. Disponível em <http://uab.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Teses-Premiadas/Ensino-Cristiano-Natal-Toneis.PDF>. Acesso em 17 abril 2021.

³³ Idem

³⁴ FERNANDES, Luís Miguel Dias. **Guia de Desenvolvimento de Jogos para Programadores Independentes**. ISEP: Porto, Outubro/2015. Disponibilizado em http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/8220/1/DM_LuisFernandes_2015MEI.pdf Acesso em 17 fev. 2019.

Ao ler o exposto por Jeanne Novak, consegue-se concluir que a fase ouro é tão somente a fase de fabricação do jogo, o que tem cada vez mais tido menos expressão em razão da grande procura por jogos *online* ou através de *download*. Isso explica a ausência dessa fase em outros artigos sobre o assunto, que normalmente tratam da produção do *game* por desenvolvedores independentes ou pequenas empresas de desenvolvimento de *games*.

Explicadas as fases de desenvolvimento dos jogos eletrônicos, passa-se a tratar dos requisitos exigidos para aplicação da proteção por direitos autorais.

2. Requisitos do Direito Autoral

Seguindo modelo proposto pela Convenção de Berna, o legislador brasileiro, assim como o de outros países, absteve-se de determinar, expressamente, os requisitos para proteção por direitos autorais. Ao invés, optou por apresentar rol exemplificativo de obras protegidas e rol taxativo de obras não protegidas, conforme técnica legislativa também adotada na dita convenção.

O direito autoral protege criações do espírito, expressas por qualquer meio, desde que consistam em expressões artísticas, literárias e científicas, conforme dispõe o artigo 7º da Lei 9.610/98. Partindo desse dispositivo e de outros ao longo da lei, a maioria dos doutrinadores se refere aos requisitos do direito autoral como sendo *(i)* originalidade, *(ii)* expressão da ideia e, alguns, *(iii)* criatividade³⁵.

Carolina Tinoco³⁶, no intuito de estabelecer requisitos bem definidos quanto a proteção dos direitos autorais, dividiu-os em requisitos quanto

³⁵ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. DL 101P BR. Módulo 3. Direitos Autorais. 2017.

³⁶ RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: **O Contributo**

ao autor da obra e quanto a obra. Quanto ao autor, elencou dois: (i) criador pessoa humana; e (ii) imputação pelo resultado final da criação. Quanto a obra, elencou seis: (i) criação; (ii) exteriorização da criação; (iii) não estar presente nas proibições legais; (iv) novidade; (v) contributo mínimo; e (vi) caráter estético.

Exclui-se do presente trabalho a análise de requisitos a partir do criador da obra, visto que o primeiro requisito – condição de pessoa humana –, por si só, frente a inteligência artificial avançada geraria discussão passível de profunda pesquisa especializada³⁷.

Compreende-se, conforme será demonstrado a seguir, que os dois primeiros requisitos referentes à obra (criação e exteriorização) apresentados pela autora supra mencionada estão englobados pela dicotomia “expressão/ideia”, assim como os requisitos iv e v (novidade e contributo mínimo) estão englobados pela “originalidade”. Em razão de recorte metodológico, não se abordará os requisitos “caráter estético” e “não estar presente nas proibições legais”.

Assim, passa-se a tratar da originalidade, englobando a discussão quanto ao contributo mínimo e a novidade e, em seguida, da exteriorização da ideia.

2.1. Originalidade

Apesar de sua grande importância nos debates sobre violação de direitos autorais, uma vez que primeiro deve ser aplicável a proteção para somente, então, analisar-se a violação em si, o requisito da originalidade é

Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. *Lumen Juris*: Rio de Janeiro. 2010. Pg. 431/445.

³⁷ RECENA, Martina Gaudie Ley. **A Proteção autoral dos jogos eletrônicos no Brasil:** Análise dos elementos visuais no caso Zynga v. Vostu. Dissertação (Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2020.

pouco abordado de forma profunda no Brasil, sendo mais discutido e elaborado em outros ordenamentos jurídicos.³⁸

Conforme tratado por Carolina Tinoco³⁹, diversas são as expressões utilizadas quando se tenta definir o que é preciso para uma obra ser protegida por direitos autorais, sendo elas, entre outras, individualidade, criatividade, novidade, originalidade, criação, etc. A mesma autora indica que a expressão mais popular é “originalidade”.

Pedro Marcos Barbosa⁴⁰, ao comentar sobre a “crise da originalidade”, coloca como contra ponto à atual “erosão do filtro de originalidade”, a arte outrora caracterizada pelo “puro e livre espírito criativo do autor”, que expressava a “sua individualidade” através de produtos “personalísimos e infungíveis”. Percebe-se, portanto, que o autor ressalta os elementos “criatividade” e “individualidade” ao expor sobre “originalidade.”

O referido autor, ainda, trata como equivalentes a consagração do óbvio e a “destruição da originalidade”, assim como o inédito e o “considerável grau de originalidade”, reafirmando, portanto, a ideia de criatividade como elemento caracterizador da originalidade⁴¹:

Pode-se frisar, portanto, que a realidade demonstra um antagonismo entre o dever-ser do capitalismo quantitativo (**que consagra o clichê, o óbvio e a destruição da originalidade**) e a axiologia do Direito Autoral qualitativo (que visa ao **diferente, ao inédito, ao insólito, ao considerável grau de originalidade**). (grifo próprio)

³⁸ Cita-se como exemplo o Direito Francês, que em razão da origem comum – *civil law* – será referido no presente artigo.

³⁹ RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima**. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010. Pg. 311.

⁴⁰ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Originalidade em Crise**. In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil: Belo Horizonte, vol. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018, pg. 40.

⁴¹ Idem, pg. 41/42.

Com base no exposto, pode-se afirmar, inclusive, que o autor aborda implicitamente uma noção de “novidade”, ao referir-se “ao inédito”. Nesse sentido, recorre-se a definição do quarto requisito (novidade) exigido por Caroline Tinoco para configuração da proteção por direitos autorais, segundo a qual novidade consiste na criação de “algo que não existia anteriormente, algo novo”⁴², portanto inédito. Assim, ao que tudo indica, para Pedro Barbosa, a originalidade seria a soma da criatividade à novidade.

A essa soma da criatividade à novidade atribui-se o nome “contributo mínimo”, originalmente desenvolvida por Denis Borges Barbosa para o instituto das Patentes, mas cujo princípio disseminou-se às demais áreas da propriedade intelectual. O referido princípio consiste em “uma margem mínima de contribuição social além do simples investimento, dificuldade ou esforço”⁴³.

No caso dos direitos autorais, a “margem mínima de contribuição social” consiste “no *mínimo grau criativo* que determinada criação deve possuir para fazer jus a proteção”⁴⁴. A partir da frase transcrita é evidente o elemento “criatividade”, estando implícito o elemento “novidade”.

Partindo do conceito trazido anteriormente de que (i) novidade consiste na criação de “algo que não existia anteriormente, algo novo” somado ao fato que (ii) para haver criação deve haver novidade, caso contrário

⁴² RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual**: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguíbilidade e Margem Mínima. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010. Pg. 441.

⁴³ BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução ao Conceito de Contributo Mínimo. In.: **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual**: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguíbilidade e Margem Mínima. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010, pg.02.

⁴⁴ RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual**: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguíbilidade e Margem Mínima. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010. Pg. 311.

está-se diante de uma cópia, tem-se que ao conceituar o contributo mínimo em direito autoral como “mínimo grau *criativo* que determinada *criação* deve possuir...” se está admitindo o elemento novidade.

É dizer, ao referir-se a “determinada criação” se está exigindo a novidade, pois só é criado aquilo que é novo, que não existia anteriormente, e não imitado; da mesma forma que ao se falar em “mínimo grau criativo” se está exigindo o elemento “criatividade”. Portanto, de forma resumida, pode-se afirmar que a novidade e a criatividade estão contidas no conceito de contributo mínimo.

Não se desconhece a afirmação de Carolina Tinoco de que “*originalidade* não é sinônimo de *contributo mínimo*”⁴⁵. Contudo, a autora não explica essa afirmação de forma precisa e evidente, deixando à cargo do leitor a sua compreensão. Do exposto pela autora não se concorda com a referida afirmação, o que, acrescido ao raciocínio supra exposto, faz concluir *a priori* que originalidade equivale ao contributo mínimo (novidade + criatividade mínima).

Na mesma linha de raciocínio segue Maria Rocha⁴⁶, que não reconhece a criatividade como um requisito autônomo, entendendo que esta está contida na originalidade, ou seja, só é original a obra que contiver um mínimo de criatividade. Afirma, ainda, que não se exige a “marca da personalidade do autor”, do Direito Francês, assim como não se aplica a “*sweat of the brow*”, o “*skill, labor and effort*” estadunidense, mas sim uma criatividade mínima.

⁴⁵ RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual**: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguíbilidade e Margem Mínima. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010. Pg. 281.

⁴⁶ ROCHA, Maria Victória. **Impressão 3D e Direito de Autor**. In: Revista Eletrônica de Direito. Universidade do Porto. Junho de 2017. Nº 2. Pg.08.

No mesmo sentido é o raciocínio desenvolvido por Mireille Buydens⁴⁷ que utiliza o elemento “novidade” como um indício de originalidade: se o trabalho for novo em relação a um pré-existente é um indício de que será original. A autora trata originalidade e novidade de forma conceitualmente distintas, mas fortemente interligadas.

Para Ascensão⁴⁸, o direito de autor objetiva tutelar a criatividade, elemento implícito e individual (extensão da personalidade do autor), ressaltando que originalidade sem criatividade não confere direitos autorais. E, aqui, questiona-se se originalidade sem criatividade é, de fato, originalidade. Acredita-se que para haver originalidade, um mínimo grau de criatividade é exigido, caso contrário a obra não será original em sua acepção técnica.

Como exemplo de obra original, mas não criativa, Rafaella Gonçalves⁴⁹ cita a “*selfie* do macaco”, ocorrida em 2011, onde, por descuido do proprietário da câmera fotográfica, uma macaca da espécie *Nigra primatas* pegou a câmera e se autofotografou diversas vezes. Nesse caso, há a ausência de um requisito com relação ao autor, que é a condição de pessoa humana. Entende-se que não há como se discutir o elemento “criatividade” na situação exposta, pois se entraria na discussão quanto a existência de consciência criativa por mamíferos não humanos, sem adentrar, ainda, na questão de tais primatas serem ou não sujeitos de direito. Desse modo, persiste-se na tese de que não existe originalidade sem um mínimo de criatividade.

⁴⁷ BUYDENS, Mireille. **Droit d’auteur et internet**: Problèmes et solutions pour la création d’une base de données en ligne contenant des images et/ou du texte. *Online*. Disponível em: http://www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub_ostc/d_auteur/rapp_fr.pdf Acesso em 17 abril 2021.

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

⁴⁹ GONÇALVES, Rafaella Dias. **Diálogos em Direito**: Uma abordagem luso-brasileira sobre o direito autoral na fotografia na era digital. *In.*: PIDCC: Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 03, p.120 a 150 Out/2017.

Em sentido oposto ao acima abordado é a decisão AG 604956, do STJ, julgada em 2004, muito trazida nas discussões sobre originalidade, que coloca “originalidade” e “criatividade” como requisitos separados e imprescindíveis e, não, criatividade contida na originalidade. Opõe-se, ainda, ao conceito de novidade trabalhado por Caroline Tinoco, uma vez que utiliza “novidade” como se criatividade fosse, ao utilizar a expressão “novidade originada do seu espírito”, ao invés de “algo que não existia anteriormente”. Nesse sentido:

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - COMPILAÇÃO - DIREITOS AUTORAIS - INEXISTÊNCIA DE CRIAÇÃO INTELLECTUAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC - Mera compilação de canções destinadas a cantores de serestas não merece a proteção do direito autoral se inexistem nela os requisitos da originalidade e criatividade, vez que mera pesquisa e seleção das músicas mais conhecidas dos seresteiros brasileiros não demandam qualquer utilização do intelecto do compilador se a escolha das canções advém de prévia estipulação de critérios restritos para tal mister, ausente se encontrando, assim, qualquer novidade originada do seu espírito, por mais valioso que seja o trabalho de prospecção das canções e inclusive de obtenção de autorização de todos os autores cujas obras foram aproveitadas, mormente se há muito já é bastante conhecida a técnica de amearhar músicas de mesmo estilo em livros específicos, inclusive com acompanhamento para instrumentos musicais. (...)

Por mais relevante que a decisão tenha sido para o desenvolvimento dos estudos na área de direitos autorais, demonstra-se, atualmente, defasada. Dessa forma, é importante trazê-la a comento, mas opta-se por descartá-la quanto a definição do requisito “originalidade”.

Importante, ainda, esclarecer que o elemento “individualidade” trazido nas palavras de Pedro Barbosa e nas de Ascensão demonstra a

influência das construções francesas às brasileiras, no que se refere a direitos de autor (*droit d'auteur*). Pois, historicamente, o conceito de originalidade no direito Francês é “o reflexo da personalidade do autor”, “a expressão ou marca da personalidade do autor” ou, ainda, “a marca do talento criativo pessoal”⁵⁰, no mesmo sentido do que foi trabalhado pelos referidos doutrinadores.

Percebe-se que na doutrina francesa encontra-se a expressão “talento criativo” e na brasileira “própria forma de criar”. Em ambas se encontra o elemento criação, de modo que o elemento “criatividade” engloba o elemento “individualidade”. Neste ensaio, optou-se pela adoção desse entendimento, compreendendo-se que toda forma de expressão da criatividade contém a individualização do seu autor, em menor ou maior grau. Outro argumento para não se adentrar em uma discussão mais profunda do referido elemento é que este refere-se ao autor e não à obra, enfoque escolhido para este artigo.

Apesar de a presente discussão ter relevância e conteúdo para um desenvolvimento mais aprofundado, decidiu-se por encerrar o debate com a ideia de que originalidade engloba os conceitos de novidade e criatividade, para, então, adentrar no requisito ideia/expressão.

2.2. Ideia/Expressão

Muito mais evidente do que o requisito da originalidade é o requisito da expressão, que se traduz na dicotomia ideia/expressão. No início da lei 9.610/98, em seu artigo 7º já aparece o requisito em questão, sendo reafirmado nos incisos I e VII do artigo 8º, vejamos:

⁵⁰ DORSTTER, Laura. **Le concept d'originalité dans la législation française du droit d'auteur et dans celle du copyright anglaise.** *Online.* Disponível em: <https://blogs.parisnanterre.fr/content/le-concept-d%E2%80%99originalit%C3%Ag-dans-la-l%C3%Agislation-fran%C3%A7aise-du-droit-d%E2%80%99auteur-et-dans-celle-du-co> Acesso em 25 fev. 2019.

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Consegue-se compreender perfeitamente que as ideias não são protegíveis por direitos autorais, mas sim suas expressões, por qualquer meio. Aqui, não deve haver confusão entre expressão e materialização, pois a primeira pode ocorrer em meio virtual, como hoje é extremamente comum – é o caso do software e artes gráficas – e a materialização somente ocorre no plano da matéria, dos átomos.

Apesar de ser de fácil compreensão que ideia é diferente de expressão, difícil é a sua aplicação.

O caso *Big Brother vs. Casa dos Artistas*⁵¹ é um exemplo da diferenciação entre ideia e expressão. No caso, a TV GLOBO Ltda. e a ENDEMOL ENTERTAINMENT INTERNATIONAL B.V. ingressaram em face de TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A, sob o argumento de que o programa "Casa dos Artistas", veiculado pela ré, constitui plágio de outro da segunda autora, denominado "Big Brother". Foi deferida a liminar para suspender a exibição do programa "Casa dos Artistas", decisão revertida em sede de Agravo de Instrumento.

Contaram na decisão do Agravo de Instrumento diversas afirmações esclarecedoras sobre a temática em análise, dentre elas a de que a identidade da ideia central entre os programas é um dado indiferente, uma vez que estas não são objeto de proteção por direito autoral, não consistindo

⁵¹ Processo nº 9015402-37.2001.8.26.0000. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado.

sequer em uma ideia nova ou original. Outro importante trecho da decisão demonstra que os elementos necessários para concretizar determinada ideia estão também englobados por ela e, portanto não são protegíveis.

Esse entendimento advém da *Scènes à faire Doctrine*, que apesar do nome em Francês surgiu nos Estados Unidos, no caso *Cain v. Universal Pictures Co.* Segundo a referida doutrina, “ao discutir um determinado tópico, linha de história ou gênero, há certos temas, cenas, incidentes, tipos de personagens ou configurações que, como uma questão prática, devem ser usados para tratar adequadamente o tópico.⁵²”, muitas vezes já se transformaram em formas “padrão” de expressão de determinada ideia⁵³. Nesse caso, conceder proteção por direitos autorais a tais elementos corresponde a conferência de um monopólio infundado⁵⁴.

Outra doutrina desenvolvida no exterior mas aplicada pelos Tribunais Brasileiros é a *Merger Doctrine*, muito semelhante a *Scenes à Faire Doctrine*. Segundo a *Merger Doctrine* quando só houver poucas formas de expressar uma ideia, a expressão dela não será protegida, havendo uma fusão entre ideia e expressão⁵⁵.

Aqui convém explicar o exposto superficialmente quanto aos desenhos que poderiam integrar os documentos de Design do Jogo, de Conceito e o de Proposta de Game. No caso de desenhos como árvores, pedras, pisos, céu, entre outros, as possibilidades de expressá-los são extremamente restritas, caso se objetive similaridade com a realidade. Dessa forma, tais

⁵² MURRAY, Michael D. **Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrine for Visual Works.** *Online.* Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228257011-Copyright-Originality-and-the-End-of-the-Scenes-a-Faire-and-Merger-Doctrines-for-Visual-Works> Acesso em 27 fev. 2019.

⁵³ DEAN, Drew S. **Hitting Reset: devising a new vídeo game copyright regime.** *In.*: University of Pennsylvania Law Review. 164.5, abril/2016.

⁵⁴ RECENA, Martina Gaudie Ley. **A Proteção autoral dos jogos eletrônicos no Brasil: Análise dos elementos visuais no caso Zynga v. Vostu.** Dissertação (Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2020.

⁵⁵ DEAN, Drew S. **Hitting Reset: devising a new vídeo game copyright regime.** *In.*: University of Pennsylvania Law Review. 164.5, abril/2016.

desenhos não podem ser protegidos por direitos autorais, aplicando-se a *merger doctrine*.

No caso de personagens, há pouca discussão sobre o tema e, portanto não há consenso. Caroline Tinoco e André Andrade⁵⁶ explicam que o desenho da personagem (imagem) e a personagem em si são elementos distintos. O desenho da personagem enquadra-se no inciso VIII do art.7^o, onde consta expressamente a proteção de “obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética”. Os autores conceituam a personagem em si como “toda a construção complexa de forma física, comportamento, temperamento, forma de se relacionar, enfim, é a colocação de características humanas – humanização – de algo que pode ou não ter forma humana⁵⁷”.

A personagem em si é dividida pelos autores supramencionados em dois tipos: as personagens-constructos (protegíveis) e as personagens-ideais (não protegíveis). Caroline Tinoco e André Andrade elaboraram um teste de duas fases para definir se a personagem deve ou não ser protegida por direitos autorais. A primeira fase do teste consiste em retirar a personagem do seu contexto fictício e analisar se as suas características humanizadas (identidade) permanecem. Em caso positivo, analisa-se a possibilidade de realização de obras derivadas dessa personagem. Resultando ambas as fases positivas, o personagem merece proteção por direitos autorais.⁵⁸

⁵⁶ RAMOS, Caroline Tinoco; ANDRADE, André. **Proteção Autoral de Personagens na Era da Informação**. *Online*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/personagens.pdf> Acesso em 28 fev. 2019.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ RECENA, Martina Gaudie Ley. **A Proteção autoral dos jogos eletrônicos no Brasil: Análise dos elementos visuais no caso Zynga v. Vostu**. Dissertação (Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2020).

Marco Antônio de Oliveira⁵⁹ aborda a análise de uma forma mais tradicional e subjetiva. Para esse autor a personagem deve (i) ter sido criada por atividade intelectual do homem; (ii) estar fixada em um suporte material e (iii) ser dotada de originalidade.

Os requisitos de criação por atividade intelectual humana e da originalidade são aplicáveis a toda e qualquer obra, motivo pelo qual o mero apontamento torna-se insatisfatório. Quanto a fixação em suporte material, a própria legislação brasileira fala em criações de espírito expressas em qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível. Dessa forma, a exigência do autor de fixação em suporte material não possui embasamento legal, uma vez que a lei permite que este seja imaterial.

Já a explanação feita por Caroline Tinoco e André Andrade pressupõe o atendimento aos requisitos tradicionais do direito autoral e ainda apresenta um teste concreto, conferindo maior segurança à análise.

Como exemplo cita-se o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro envolvendo o personagem Harry Potter⁶⁰. A ação foi proposta por Joane Kathleen Rowling em face de Jotaelle Produções e Produções Artísticas Ltda. e Joyce Promoções Culturais Ltda.

Conforme relatório do acordão, a ré produziu um espetáculo teatral intitulado “Harry Potter – o aprendiz de feiticeiro” e após contato dos advogados da autora, teria suprimido o nome Harry Potter” dos cartazes de propaganda. Contudo, a produtora manteve as características físicas dos personagens e figurinos, além do enredo básico da história dos jovens aprendizes de magia negra e o subtítulo “aprendiz de feiticeiro”, entendendo o julgador que o roteiro se afastar da versão dos livros, por si só,

⁵⁹ OLIVEIRA, Marco Antônio de. **Proteção no âmbito do Direito Autoral à Personagem de Obra**. Boletim da Associação Paulista da Propriedade Intelectual - ASPI nº 40, Abr/Jun de 2013.

⁶⁰ TJRJ, ApC 2008.001.05609, Des. Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, Décima Câmara Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 28/04/2008.

não exclui a existência de plágio e que o contexto comprovado nos autos demonstravam a existência dessa prática ilícita.

Um exemplo no universo dos *games* é o caso do personagem *Ezio Auditore da Firenze* do jogo *Assassin's Creed*, que foi protagonista do filme homônimo. Trata-se, portanto, de um personagem cujas características humanizadas permanecem mesmo fora do contexto em que foi criado e de quem é possível desenvolver obras derivadas. Contudo, caso os elementos de sua personalidade fossem genéricos e ao retirar a sua imagem e nome pudessem ser atribuídos a qualquer outro, não haveria proteção. Assim, *Ezio Auditore da Firenze* é considerado uma obra no sentido jurídico conferido pelos direitos autorais, não podendo ter suas características humanizadas, sua imagem ou seu nome copiado; além da obra *Assassin's Creed* em si.⁶¹

Um caso que esclarece a diferença entre ideia e expressão em obras literárias é o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (RE 1.528.627) que abordou a criação de uma disciplina na pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com base na dissertação de mestrado de uma aluna.

No caso, a aluna e autora da demanda elaborou pesquisa sobre a construção da figura dos vampiros com base em obras literárias ao longo do tempo e alega que a UFSC plagiou o seu trabalho ao disponibilizar disciplina com o objetivo de examinar a história literária dos vampiros. A demanda foi julgada improcedente e a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁶¹ RECENA, Martina Gaudie Ley. **A Proteção autoral dos jogos eletrônicos no Brasil**: Análise dos elementos visuais no caso Zynga v. Vostu. Dissertação (Mestrado em Direito - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2020.

Na decisão proferida pelo TJSC foi ressaltado que a proteção não recai sobre ideias, recaindo sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o conteúdo científico ou técnico que possa conter.

A partir desse comentário, consegue-se compreender de forma mais precisa o que foi exposto superficialmente no tópico anterior quanto a proteção dos documentos de Design do Jogo, de Conceito e o de Proposta de Game. Como visto, tais documentos são protegidos em sua forma, como textos, as ideias lá contidas não recebem proteção em separado. Essa afirmação recebe, inclusive, embasamento legal expreso (art.8º, VII), que exclui do âmbito de proteção o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Dessa forma, apesar de ser de complexa aplicação, frente aos exemplos apresentados, consegue-se perceber as diferenças entre ideias que são expressadas (sendo protegível suas expressões) e ideias que permanecem como ideias, portanto não protegíveis.

3. *Software* ou Audiovisual? A possibilidade de cumulação de proteções sob a mesma obra

Até a década de 70, os programas de computador eram dependentes de um *hardware*, eram considerados a parte inteligente da máquina, pois através de suas instruções em formatos de códigos faziam as máquinas operarem. Atualmente, o *software* é figura a parte do *hardware*, podendo desempenhar a mesma função, consistente em operar máquinas, ou simplesmente atuar de forma isolada, necessitando de um suporte, dentre vários, para serem lidos.

Na década de 70, a partir da análise de dados para processamento em computadores, Eugen Ulmer vislumbrou a possibilidade de haver violação

de direitos autorais na entrada de dados em um computador – pois haveria a memorização destes – e na saída – pois haveria uma reprodução⁶².

Segundo Marcos Wachowicz⁶³, a primeira disposição específica sobre programas de computador ocorreu nos Estados Unidos, em 1964, através de uma circular do *U.S. Copyright Office*, intitulada *Copyright Registration for Computer Programs*, que estabeleceu a necessidade de registro do *software*. Em 1965 o *software* foi equiparado ao livro, para fins de proteção, por intermédio de outra circular do *Copyright Office*, que levou o mesmo nome. Em 1976 foi promulgado o *Copyright Act*, que foi alterado em 1980.

Em 1973, na Convenção de Concessão de Patentes Europeias, conhecida por “Convenção de Munique”, começou a ser delineada a proteção do *software* à nível internacional, sendo definida a impossibilidade de proteção pelo instituto da patente. Em 1978, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sugeriu, através de uma lei modelo, um regime *sui generis*, que mesclaria os institutos dos direitos autorais, patentes e segredo industrial⁶⁴.

Tramitava no Congresso brasileiro, em 1984, uma lei que conferia proteção *sui generis* ao *software*, quando o então Presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan sancionou a nova lei de Tarifas e Comércio, onde constava expressamente que o país que não adotasse o direito de autor como proteção ao *software* sofreria severas retaliações⁶⁵.

Alemanha e França regulamentaram a proteção do *software* através do instituto do direito autoral, em 1985. E, em 1986, após o anúncio do

⁶² WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2009, pg.29/30.

⁶³ Idem. Pg. 31/32.

⁶⁴ COLARES, Rodrigo Guimarães. **Proteção Jurídica do Software: uma análise crítica dos elementos protegidos pelo direito**. *Online*. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/colares.pdf> Acesso em 04 mar. 2019. Pg.01.

⁶⁵ BARBOSA, Denis Borges. **Software and Copyright: a Marriage of Inconvenience**. *Online*. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/34.rtf> Acesso em 04 mar. 2019.

presidente estadunidense de que estava determinando a abertura de procedimento contra o Brasil em razão da não adoção do instituto do direito autoral, o Brasil se rendeu às pressões externas e o Conselho Nacional de Informática (CONIN) sugeriu a modificação do regime de proteção⁶⁶.

Portanto, em 1987, através da Lei 7.646/87 foi instituída a proteção por direitos autorais aos programas de computador, no Brasil. E, em 1991, houve o fim da reserva de mercado, com a edição da Lei 8.248/91, que dispõem sobre a capacitação e competitividade no setor de informática e automação.

O assunto ficou pacificado à nível internacional com a Rodada Uruguai, no âmbito do GATT, em 1994, através do acordo TRIPS, que no artigo 10, n.1, conferiu ao *software* a proteção dispndida a obras literárias⁶⁷. Esse entendimento foi confirmado em 1996 através do Tratado de Direito de Autor.

Em 1998 foi editada a lei que está em vigor atualmente, a Lei 9.609/98. Essa define programa de computador, em seu artigo 1º, como “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

Conforme ensina Rodrigo Colares⁶⁸, a instrução em linguagem natural referida no artigo 1º deve ser entendida como o “código fonte”, pois

⁶⁶ Idem

⁶⁷ Art.10. 1: Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).

⁶⁸ COLARES, Rodrigo Guimarães. **Proteção Jurídica do Software**: uma análise crítica dos elementos protegidos pelo direito. *Online*. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/colares.pdf> Acesso em 04 mar. 2019. Pg.13.

esta consiste em programação com menor grau de abstração e, portanto mais semelhante a linguagem humana⁶⁹. Enquanto a linguagem codificada deve ser entendida como o “código objeto”, linguagem com maior grau de abstração, compreendida somente pela máquina, que consiste na codificação binária de “o” e “1”, onde “o” é comando para ausência e “1” para presença de carga elétrica⁷⁰.

Pode-se concluir, assim, que “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada” refere-se ao código-fonte e ao código-objeto, respectivamente. Contudo, há outros elementos de extrema importância nos *softwares*, cuja proteção é mais nebulosa, são eles: (i) interface-gráfica; (ii) figuras, músicas, vídeos e textos; (iii) logotipo; e (iv) bancos de dados^{71,72}.

E aqui se faz importante esclarecer que esses diferentes aspectos recebem diferentes proteções, ou seja, não há sobreposição de proteções. Heloisa Medeiros⁷³ explica que “se um objeto possui diversas manifestações e cada uma delas atrair um tipo diverso de direito de propriedade intelectual, não existe sobreposição.”

Considerando interface gráfica como o ponto de contato entre o homem e a máquina, todos os elementos que comunicam algo fazem parte dessa interface, como janelas, menus, ícones, barras de rolagem, botões,

⁶⁹ MEDEIROS, Heloisa. **A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software**: a coexistência entre direitos do autor e patente na sociedade informacional. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178710/347865.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acessado em 04 mar. 2019. Pg.211/213.

⁷⁰ SOUSA, Bruno Jefferson de. et al. **Introdução a programação**. Disponível em: <http://biblioteca.virtual.ufpb.br/files/introducao_a_programacao_1463150047.pdf> Acessado em 04 mar. 2019. Pg.12.

⁷¹ COLARES, Rodrigo Guimarães. **Proteção Jurídica do Software**: uma análise crítica dos elementos protegidos pelo direito. *Online*. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/colares.pdf> Acesso em 04 mar. 2019. Pg.09.

⁷² Os dois últimos elementos (logotipo e banco de dados) não serão abordados nesse ensaio em razão da irrelevância para se atingir ao objetivo proposto.

⁷³ MEDEIROS, Heloisa Gomes. **A sobreposição de Direito de Propriedade Intelectual no Software**: A Coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional. Florianópolis: UFSC. Tese. 2017.

interruptores, etc⁷⁴. Os elementos podem ser rudimentares, como os mencionados, ou mais sofisticados, como sistemas de imersão e realidade virtual⁷⁵.

A interface gráfica é também chamada de “*look and feel*” e tipicamente refere-se a interação do usuário com o *software*⁷⁶. Nos Estados Unidos⁷⁷ é quase pacífico o entendimento de que o *copyright* não protege os vídeo games de forma satisfatória, uma vez que a maioria dos seus elementos acabam se enquadrando nas limitações aos direitos autorais vistas acima (*merger doctrine* e *scènes à faire doctrine*). Em razão dessa proteção insuficiente, os doutrinadores têm defendido a ideia de aplicação do *trade dress* para proteger o *look and feel* (interface gráfica).

Essa nova tese também apresenta limitações. A doutrina tradicional estadunidense do *trade dress* exige que o conjunto-imagem seja dotado de (i) distintividade; (ii) *secondary meaning*; e não possua (iii) funcionalidade, estética ou utilitária⁷⁸.

Para José Carlos Tinoco Soares⁷⁹, *trade dress* é “a imagem total do negócio; num sentido bem geral é o ‘*look and feel*’, isto é, o ver e o sentir do negócio”. Apesar da evidente inspiração no ordenamento estadunidense para elaboração do instituto do *trade dress* no Brasil, nos EUA o

⁷⁴ OLIVEIRA, Frederico Bida de. **Interfaces Usuários-Máquinas**. *Online*. Disponível em: https://sistemas.riopomba.ifsudestemg.edu.br/dcc/materiais/1618984280_Apostila-Interfaces-Homem-Maquina.pdf Acesso em 04 mar. 2019.

⁷⁵ RIBEIRO, Bruno; LUCCHESI, Fabiano; CASTAÑEDA, Zady. **Interfaces de Jogos Digitais**. *Online*. Disponível em <http://www.dca.fee.unicamp.br/~martino/disciplinas/ia369/trabalhos/t2g3.pdf> Acesso em 04 mar 2019.

⁷⁶ DEAN, Drew S. **Hitting Reset**: devising a new video game copyright regime. *In*: University of Pennsylvania Law Review. 164.5 (Apr. 2016): p1239+.

⁷⁷ LOCKYER, Benjamin C.R. **Trying on Trade Dress**: Using Trade Dress to Protect de Look and Feel of Video Games. *In*: The John Marshall Review of Intellectual Property Law. Nº 109 (2017).

⁷⁸ LEE, Peter; SUNDER Madhavi. **The Law of The Look and Feel**. *In*: UC Davis Legal Studies Research Paper Series. Research Paper No. 482. February 2016.

⁷⁹ SOARES, José Carlos Tinoco. **“Concorrência desleal”**: “Trade dress” e/ou “conjunto-imagem”. São Paulo: Ed. do Autor, 2004, p. 213.

trade dress é abarcado pelo *Trademark* (marcas), enquanto no Brasil é construção fundada na doutrina concorrencial.

Foi encontrada somente uma decisão, do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸⁰, que acatando o laudo pericial apresentado nos autos, reconheceu a violação do *trade dress* em website. Baseando-se no laudo pericial, o julgador entendeu que a identidade da forma peculiar de apresentação de serviços e compilação de dados, bem como da organização e layout próprios configura violação de *trade dress*.

Infelizmente a decisão não aborda os requisitos apresentados pela doutrina, impedindo uma análise mais profunda da aplicação doutrinária nos casos de website (interface-gráfica ou “*look and feel*”) na jurisprudência brasileira. Com relação aos jogos eletrônicos especificamente não foi encontrada nenhuma decisão.

Mas consegue-se aproveitar da decisão supra a proteção conferida ao *layout* pelo *trade dress*. O *layout* consiste na técnica que cria a interface entre homem e máquina⁸¹, e portanto, também está presente nos jogos eletrônicos, o que permite concluir que esse elemento do jogo pode ser protegido por *trade dress*.

Os programas de computador podem ser desenvolvidos como um meio para atingir um fim: tem-se *softwares* para operação de máquinas, para leitura de textos, para visualização de vídeos, etc. Nesses casos, o *software* é um elemento acessório à obra principal. São os chamados *software* aplicativo e representam a maioria dos *softwares*.

No caso de vídeo games, o *software* faz-se um meio necessário para se exibir os diferentes mundos, personagens, objetos e reprodução dos

⁸⁰ Ap 1000167-03,2014.8.26.0004. TJSP. Relatoria de Des. Fortes Barbosa. Julgado em 10/12/2015. Publicado em 16/12/15.

⁸¹ AMORIM, Diego. **O conceito e os tipos de layout**. *Online*. Disponível em <http://www.administradores.com.br/artigos/academico/o-conceito-e-os-tipos-de-layout/90808/> acesso em 06 mar. 2019.

diferentes mecanismos de jogabilidade. Como visto anteriormente, não se tratando de elementos que possuem poucas formas de expressão ou de expressão padrão, os objetos podem ser protegidos. No mesmo sentido são os personagens, mas dependentes do teste supra trabalhado.

Em obras audiovisuais tem-se um esqueleto de fases de produção: (i) projeto; (ii) captação de recursos; (iii) pré-produção; (iv) produção; (v) sincronização; (vi) matriz digital; (vii) distribuição. Durante a produção ocorre a (i) gravação; (ii) edição; (iii) marcação de luz; (iv) imagem digital; (v) captação de som; (vi) edição de som; (vii) mixagem; (viii) som digital, para então ocorrer a sincronização de todos os elementos.

Consegue-se perceber do que foi trabalho no capítulo 1 desse ensaio, que todas as fases listadas na elaboração de uma obra audiovisual estão englobadas no processo de elaboração de vídeo games. Nesse sentido, o antigo Ministério da Cultura reconheceu, através da Portaria nº116 de 29/11/2011⁸², os jogos eletrônicos como obras audiovisuais.

Ainda, os vídeo games se aperfeiçoaram tanto que atualmente simulam a realidade da mesma forma que o cinema, ao passo que o filmes têm adotado elementos de interação entre telespectador e obra, característicos dos jogos eletrônicos, como exemplo mais flagrante cita-se o filme “Bandersnatch” de titularidade da Netflix. Assim, percebe-se que os jogos estão cinematográficos e os filmes interativos⁸³.

⁸² Portaria nº 116, de 29 de novembro de 2011-Minc

Art. 1º Ficam assim distribuídos os segmentos culturais integrantes das áreas de representação da CNIC, para os efeitos do § 3º do art. 18 e do art. 25 da Lei nº 8.313, de 1991: (...)

II - audiovisual:

(...)

k) jogos eletrônicos;

(...)

⁸³ MARANHÃO Jr. Magno de Aguiar. **Jogos Eletrônicos:** audiovisual ou software?. *Online*. Disponível em: <https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/477757999/jogos-eletronicos-audiovisual-ou-software> Acesso em 05 mar. 2019.

Pensando no resultado final da programação (o jogo) – e não os seus códigos, verifica-se a similaridade com obras audiovisuais. Portanto, assim como tais obras, deveria ser suficiente a análise da originalidade e da expressão das ideias para conferência de proteção e não a originalidade e expressão dos códigos de programação.

Ainda, a legislação sobre o software nada refere-se quanto a co-autoria, característica marcante na elaboração dos jogos eletrônicos. Frente a omissão da lei 9.609/98 deve-se socorrer da lei 9.609/98 no que se refere a obras literárias, que consiste na regra geral, sem nenhuma especificidade.

Ao contrário das obras literárias, as obras audiovisuais possuem especificidades na lei que se enquadram perfeitamente aos jogos eletrônicos. Enquanto para obras audiovisuais será considerado co-autor o “autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor⁸⁴” e quem cria desenhos animados⁸⁵, a regra geral aplicável às obras literárias exclui expressamente da co-autoria aquele que auxilia fiscalizando ou dirigindo a edição da obra. Ou seja, enquanto na obra audiovisual o diretor é co-autor, na obra literária o diretor é expressamente excluído dessa condição.

Outra questão de relevância ainda maior é a que se refere aos direitos morais. A lei de software (lei 9.609/98), prevê expressamente a ausência de direitos morais, excetuando somente os direitos morais de paternidade e integridade da obra. Em razão da exclusão expressa dos direitos morais não se pode utilizar a lei 9.610/98, no que se refere às obras literárias, para

⁸⁴ Lei 9.610/98, Art. 16. São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor.

⁸⁵ Lei 9.610/98, Art.16, Parágrafo único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.

conferir tais direitos. Portanto, reconhecer os jogos eletrônicos como *software* é excluir os direitos morais de ineditismo, arrependimento/retirada e de acesso⁸⁶.

O direito moral de ineditismo corresponde a possibilidade do autor conservar a obra inédita (art.24, III), o de arrependimento/retirada consiste no direito de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem (art.24, VI) e o de acesso refere-se ao direito de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado (art.24, VII).

O direito moral de paternidade consiste no direito de (i) reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra e no de (ii) ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra. À esse último alguns autores atribuem o nome de direito moral de nomeação.

No caso da lei 9.609/98 está prevista a possibilidade de reivindicar a paternidade do programa de computador, deixando confuso se o autor só terá direito a reivindicar a autoria ou se terá, também, direito a ter seu nome indicado ou anunciado como sendo o do autor da obra. De qualquer forma, a lei refere-se somente a “autor”, deixando mais uma lacuna a ser preenchida pelo resultado da discussão sobre proteção como audiovisual ou software.

⁸⁶ Direitos morais do autor: Paternidade (inc.I e II), ineditismo (III), integridade (inc. IV e V), arrependimento ou retirada (VI) e acesso (VII).

Deve-se lembrar que a proteção do código-fonte e código-objeto pela lei de software não impede a proteção do jogo como produto final pela lei de direitos autorais no que se refere a obra audiovisual. Portanto não se trata propriamente de uma sobreposição de direitos, pois há a proteção de manifestações diversas e cada uma delas atrai um tipo diverso de direito de propriedade intelectual; no caso, a aplicação da Lei 9.609/98 e da 9.610/98 no que se refere a obra audiovisual.

Conclusão

No capítulo 1 foi apresentado o processo de elaboração dos jogos eletrônicos, já se apontando cuidados que devem ser tomados com relação aos documentos gerados e a captação de investidores. No capítulo dois debateu-se os requisitos para conferência de direitos autorais às obras, de forma geral. Discutiu-se as diferentes definições atribuídas ao termo “originalidade”, concluindo-se que este engloba as definições de novidade e criatividade, estando contido nesse último elemento a individualidade do autor.

Em seguida explicou-se a diferença entre ideias e expressões de ideias, abordando alguns casos brasileiros. Nesse momento apresentou-se duas doutrinas estadunidenses que são empregadas no Brasil (*Scenes à Faire Doctrine* e *Merger Doctrine*), segundo as quais expressões “padrão” de determinada ideia não podem ser protegidas, assim como se existem poucas formas de expressar uma ideia essas formas não serão protegidas. Essas doutrinas têm aplicação recorrente nos casos de vídeo game, tornando fraca a proteção por direitos autorais. Em razão dessa proteção precária desenvolveu-se a tese de proteção de determinados elementos dos jogos pelo *trade dress*, o que foi abordado no capítulo 3.

No último capítulo, além da abordagem histórica da formação da legislação sobre proteção do *software*, explorou-se a referida tese do *trade*

dress, bem como demonstrou-se a semelhança existente entre o processo de elaboração de *vide games* e o de obras audiovisuais, concluindo que o primeiro necessariamente utiliza-se do segundo, ou seja, o processo de desenvolvimento de obras audiovisuais é englobado pelo de vídeo games.

Por fim, demonstrou-se a insuficiência da proteção conferida pela lei de software e subsidiariamente pela lei 9.610/98 no que se refere a obras literárias, bem como que a lei 9.610/98 no que se refere a obras audiovisuais mostra-se muito mais adequada, pois prevê questões específicas que se amoldam de forma mais precisa às particularidades dos *jogos eletrônicos*.

Referências

- Agência Brasil. Mercado de games no Brasil deve crescer 5,3% até 2022, diz estudo. Exame. Online, 03/08/2019. Disponível em: <https://exame.com/negocios/mercado-de-games-no-brasil-deve-crescer-53-ate-2022-diz-estudo/>.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997
- AMORIM, Diego. O conceito e os tipos de layout. *Online*. Disponível em <http://www.administradores.com.br/artigos/academico/o-conceito-e-os-tipos-de-layout/90808/>
- BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução ao Conceito de Contributo Mínimo. In.: O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010
- BARBOSA, Denis Borges. Software and Copyright: a Marriage of Inconvenience. *Online*. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/34.rtf>
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em Crise. In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil: Belo Horizonte, vol. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.

BIURRUM, Gabriel Regis. Desenvolvimento de Jogos Eletrônicos com HTML5. UESB: Vitória da Conquista, 2015.

BRASIL, Lei 9.609 de 19 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da República do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998.

BRASIL, Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da República do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998.

BRASIL, Portaria nº 116, de 29 de novembro de 2011. Diário Oficial da República do Brasil, Poder Executivo, Ministério da Cultura (MinC), Brasília, DF, NI.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Acórdão na Apelação nº1000167-03.2014.8.26.0004 Relator: Des. Fortes Barbosa. Publicado no DJ de 16/12/2015. Julgado em 10/12/2015.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 9015402-37.2001.8.26.0000. Relator: Des. Marcus Andrade. Publicado em 03/01/2002. Julgado em 28/12/2001.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Acórdão na Apelação Cível nº 2008.001.05609. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Publicado em 28/04/2008. Julgado em: 02/04/2008.

BRASIL, INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. Curso. DL 101P BR. Módulo 3. Direitos Autorais. 2017.

BUYDENS, Mireille. Droit d'auteur et internet: Problèmes et solutions pour la création d'une base de données en ligne contenant des images et/ou du texte. *Online*. Disponível em: http://www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub_ostc/d_auteur/rapp_fr.pdf

COLARES, Rodrigo Guimarães. Proteção Jurídica do Software: uma análise crítica dos elementos protegidos pelo direito. *Online*. Disponível em: <http://www.alfaredi.org/sites/default/files/articles/files/colares.pdf>

CLUA, Esteban Walter Gonzalez; BITTENCOURT, João Ricardo. Desenvolvimento de Jogos 3D: Conceção, Designe e Programação. *Online*. Disponível em: www2.ic.uff.br/~esteban/files/Desenvolvimento%20de%20jogos%203D.pdf.

DEAN, Drew S. Hitting Reset: devising a new video game copyright regime. In.: University of Pennsylvania Law Review. 164.5, abril/2016.

DORSTTER, Laura. Le concept d'originalité dans la législation française du droit d'auteur et dans celle du copyright anglaise. *Online*. Disponível em: <https://blogs.parisnanterre.fr/content/le-concept-d%20%80%99originalit%C3%A9-dans-la-l%20%99agislation-fran%C3%A7aise-du-droit-d%20%80%99auteur-et-dans-celle-du-co>

DO GAMEHALL. Uol. *Online*. Disponível em: <https://jogos.uol.com.br/ultimas-noticias/2018/08/06/brasil-possui-3-maior-mercado-de-jogadores-de-games.htm>.

FALCÃO, Pedro. Ataque dos clones: os grandes consoles brasileiros. Red Bull. *Online*. Disponível em: <https://www.redbull.com/br-pt/ataque-dos-clones-os-grandes-consoles-brasileiros-paralelos>

FERREIRA, Matheus. Indústria de games supera o faturamento de Hollywood: Mercado de jogos eletrônicos deverá superar o valor de US\$100 bilhões até 2017. Jovens Jornalistas. UFG. *Online*. Disponível em: <http://www.webnoticias.fic.ufg.br/n/68881-industria-de-games-supera-o-faturamento-de-hollywood>.

FERNANDES, Luís Miguel Dias. Guia de Desenvolvimento de Jogos para Programadores Independentes. *Online*. ISEP: Porto. Outubro/2015. Disponibilizado em http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/8220/1/DM_LuisFernandes_2015MEI.pdf

GONÇALVES, Rafaella Dias. Diálogos em Direito: Uma abordagem luso-brasileira sobre o direito autoral na fotografia na era digital. In.: PIDCC: Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 03, p.120 a 150 Out/2017.

JOHNSON, Jason. A pirataria de videogames é parte da história no Brasil. Intel. *Online*. Disponível em: <https://iq.intel.com.br/a-pirataria-de-videogames-e-parte-da-historia-no-brasil/>

LARGHI, Nathália. Com pandemia, mercado de games cresce 140% no Brasil, aponta estudo: Estudo da Visa mostrou que transações feitas em plataformas e consoles mais que duplicaram no ano passado. Valor Investe (Globo). *Online.*, 23/01/2021

LEE, Peter; SUNDER Madhavi. The Law of The Look and Feel. In: UC Davis Legal Studies Research Paper Series. Research Paper No. 482. February 2016

LOCKYER, Benjamin C.R. Trying on Trade Dress: Using Trade Dress to Protect de Look and Feel of Video Games. In: The John Marshall Review of Intellectual Property Law. Nº 109 (2017).

MARANHÃO Jr. Magno de Aguiar. Jogos Eletrônicos: audiovisual ou software?. *Online*. Disponível em: <https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/477757999/jogos-eletronicos-audiovisual-ou-software>

MEDEIROS, Heloisa. A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: a coexistência entre direitos do autor e patente na sociedade informacional. *Online* Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178710/347865.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

MENEGHETTI, Tarcísio Vilton. Autoria e Titularidade em Jogos Eletrônicos. UFSC: Florianópolis. 2013

MURRAY, Michael D. Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrine for Visual Works. *Online*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228257011_Copyright_Originality_and_the_End_of_the_Scenes_a_Faire_and_Merger_Doctrines_for_Visual_Works

NOVAK, Jeannie. Desenvolvimento de Games. Tradução Pedro Cesar de Conti. Revisão técnica Paulo Marcos Figueiredo de Andrade. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

- OLIVEIRA, Marco Antônio de. Proteção no âmbito do Direito Autoral à Personagem de Obra. Boletim da Associação Paulista da Propriedade Intelectual - ASPI nº 40, Abr/Jun de 2013.
- OLIVEIRA, Frederico Bida de. Interfaces Usuários-Máquinas. *Online*. Disponível em: https://sistemas.riopomba.ifsudestemg.edu.br/dcc/materiais/1618984280_Apostila-Interfaces-Homem-Maquina.pdf
- RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010.
- RAMOS, Caroline Tinoco; ANDRADE, André. Proteção Autoral de Personagens na Era da Informação. *Online*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/personagens.pdf>
- RECENA, Martina Gaudie Ley. A Proteção autoral dos jogos eletrônicos no Brasil: Análise dos elementos visuais no caso Zynga v. Vostu. Dissertação (Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2020.
- RIBEIRO, Bruno; LUCCHESI, Fabiano; CASTAÑEDA, Zady. Interfaces de Jogos Digitais. *Online*. Disponível em <http://www.dca.fee.unicamp.br/~martino/disciplinas/ia369/trabalhos/t3g3.pdf>
- ROCHA, Maria Victória. Impressão 3D e Direito de Autor. In: Revista Eletrônica de Direito. Universidade do Porto. Junho de 2017. Nº 2.
- RODRIGUES, Lino. Indústria de games entra em nova fase de desenvolvimento no País. Jornal Estado de Minas. *Online*, 03/04/2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/04/03/internas_economia,948556/industria-de-games-entra-em-nova-fase-de-desenvolvimento-no-pais.shtml

SAKUDA, Luiz Ojama. Mapa Preliminar da Indústria: Incubadoras e Aceleradoras na Indústria de Games. *Online*. GEDIGames: Grupo de Estudos e Desenvolvimento da Indústria de Games. Pesquisa encomendada pelo BNDES em 27 de maio de 2013. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/oByQwQiUajB3mRHjxd2tReUVvUHVQVoyd1dBT1ZTWHljZzEo/view>

SOUSA, Ana Paula. Distanciamento na pandemia impulsiona indústria de games no Brasil: Aumento do uso de jogos acelera crescimento do setor e abre possibilidades para criadores brasileiros. *Valor Econômico*. *Online*, 16/04/2021.

SOUSA, Bruno Jefferson de. et al. Introdução a programação. *Online* Disponível em: <http://biblioteca.virtual.ufpb.br/files/introducao_a_programacao_1463150047.pdf>

TONÉIS, Cristiano Natal. A Experiência Matemática no Universo dos Jogos Digitais: O processo do jogar e o raciocínio lógico e matemático. *Online*. Universidade Anhanguera: São Paulo. 2015. Disponível em <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Teses-Premiadas/Ensino-Cristiano-Natal-Toneis.PDF>

VIDOR, George. O mercado de ‘games’ no mundo fatura mais que cinema e música, somados: No Brasil, setor se expande mais de 10%. *O Globo*. *Online*, 25/05/2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/o-mercado-de-games-no-mundo-fatura-mais-que-cinema-musica-somados-16251427>.

WACHOWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2009.

A regra da decisão negocial em tempos de pandemia

*Ricardo Lupion*¹

Introdução

No início de 2020, o ambiente brasileiro de negócios vivia o sonho da liberdade contratual, da autonomia das partes para estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução, da possibilidade da alocação de riscos definida nos contratos, da revisão contratual de maneira excepcional e limitada e do empoderamento do empresariado para expandir sua proteção face a intervenção estatal, tudo isso recentemente (re)afirmado pela medida provisória da liberdade econômica, convertida na lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, que passou a ser conhecida como a Lei da Liberdade Econômica (LLE).

Todavia, essa euforia foi brutalmente afetada pelo surgimento da pandemia do COVID-19, declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, no dia 13 de março de 2020, provocando a paralisação de todas as atividades econômicas, que afetou (e afetará) profundamente as relações empresariais frente aos efeitos da grave e inimaginável crise sanitária: “é como se tivessem ‘tirado a economia da tomada - e ninguém sabe quando e como ela vai religar. Quem possui recursos segura-os ao máximo; quem não os tem apenas avisa que não há como pagar.”²

¹ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na PUCRS, Advogado. Porto – Alegre – RS. ricardo.lupion@pucrs.br

² Scalzilli, João Pedro. SPINELLI, Luís Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. **Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência**. Porto Alegre, RS. Buqui, 2020, p. 29

O tema tratado neste artigo, a regra da decisão negocial em tempos de pandemia,³ será abordado nos seguintes aspectos: o primeiro deles, uma visão geral sobre o dever de diligência e da regra de decisão negocial. Em seguida, serão comentadas algumas decisões da Comissão de Valores Mobiliários - CVM sobre o tema. Na terceira seção serão apresentados os resultados parciais de uma pesquisa feita pela pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, sobre como as empresas estão se preparando e organizando os seus processos decisórios neste momento de pandemia para verificar se de fato os administradores das companhias estão preparados e em condições para atender aqueles os pressupostos que a literatura jurídica e a CVM estabelecem para a aplicação da regra da decisão negocial. Por último, o texto também apresentará o caso Smiles, em face de uma importante decisão dos administradores da companhia durante a pandemia, que teve forte reação de acionistas.

1. A visão doutrinária a respeito do dever de diligência e da *business judgment rule*

Os deveres dos administradores de sociedades anônimas, têm no dever de diligência (*duty of care*), o seu ponto de convergência, havendo autores que consideram este o mais importante dever, do qual decorrem todos os outros⁴ porque a ideia de diligência está relacionada ao esforço ou zelo para cumprir o dever⁵.

No Brasil, esse dever está expresso no artigo 153 da Lei de Sociedade por Ações, segundo o qual, “o administrador da companhia deve

³ Esse foi o tema da palestra proferida no I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMERCIAL, na modalidade online, realizado de 09 a 13 de novembro de 2020, promovido pela Escola de Direito da PUCPR, Escola de Direito da PUCRS e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁴ CAMARGO, João Laudo de. Análise do dever de diligência do administrador de companhia - Caso Telemig (PAS CVM 24/2006) In: BORBA, Gustavo T; BORBA, Rodrigo T; ASSIS DE ALMEIDA, José G. **Comissão de valores mobiliários: precedentes comentados**. São Paulo: Forense, 2020..

⁵ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 75.

empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

Não há, na legislação, uma definição do que seja o dever de diligência e mesmo a doutrina e jurisprudência construídas sobre esse dever não se arriscam a fazer uma conceituação exata, estanque e fechada. O significado gramatical de diligência, qual seja, “cuidado ativo, empenho, zelo”, remete o intérprete a outros conceitos vagos, sem precisar especificamente do que se trata uma conduta cuidadosa, empenhada ou zelosa.⁶

O código português das sociedades comerciais⁷ instituiu os chamados *deveres fundamentais* dos gerentes e administradores da sociedade (artigo 64º), impondo-lhes deveres de cuidado segundo o qual devem agir com “a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado” (nº 1, letra “a”). O dispositivo legal em questão também estabelece que “devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito, elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade” (nº 2).

Os chamados *deveres fundamentais* instituídos pelo código português das sociedades comerciais impõem aos administradores da sociedade “a diligência de um gestor criterioso e ordenado” e um agir de acordo com “elevados padrões de diligência”, na mesma perspectiva de Fabio Ulhoa Coelho para quem, no direito brasileiro, o “paradigma do administrador competente deve substituir o do bom pai de família”.⁸

⁶ LUCAS, Laís Machado. **Programas de integridade nas sociedades anônimas: implementação como conteúdo do dever de diligência dos administradores de sociedades**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p.128

⁷ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro

⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1, p. 254.

Para Osmar Brina Correa Lima, a diligência dos administradores deveria ser aquela com a qual um pedestre deve cruzar a rua, já que um pedestre cruzando a rua tem o dever de razoável diligência: deve olhar, antes de atravessar. Mas não há texto normativo que estabeleça com que frequência ele deve olhar, nem até que distância, ou quando ou onde; se usou os olhos e se calculou mal o perigo. O autor cita o caso *Litwin versus Allen*, que revela a distinção entre honestidade e diligência no direito norte-americano, nos seguintes termos:

“Os administradores de uma companhia foram responsabilizados pelos acionistas porque aceitaram uma cláusula do exercício unilateral do direito de retrovenda a favor da outra parte, uma companhia que se utilizou de um contrato de venda de debêntures conversíveis em ações, para financiar as suas atividades. A Corte de Nova Iorque reconheceu que os administradores foram honestos, mas acrescentou que nas transações de uma companhia deve haver mais do que honestidade. Deve haver diligência. Isto significa cuidado e prudência, o que faltou no negócio questionado. Em outras palavras, o administrador de uma companhia deve ser honesto, cuidadoso, diligente e prudente.”⁹

Renato Ventura Ribeiro comenta que o Código Comercial alemão de 1897 estabeleceu a diligência de “um gerente ordenado e consciencioso (*eines ordenathlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*)” para as sociedades por ações e de “homem de negócios ordenado (*eines gewissenhaften Geschäftsleiters*) para as sociedades limitadas” e, recomendou sempre uma atuação do administrador “com base na conduta profissional”. Refere, ainda, uma importante decisão sobre o dever de diligência no caso *Francis v. United Jersey Bank*, no qual ficou decidido que o administrador, para ser considerado diligente, deve:

⁹ LIMA, Osmar Brina Correa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Aide, 1989. pp. 65-67.

“ter noções básicas do negócio, manter-se informado sobre as atividades da companhia, engajar um monitoramento dos negócios e atividades da empresa, comparecer regularmente às reuniões do conselho de administração, conferir as demonstrações financeiras regularmente, inquirir sobre matérias duvidosas, atacar decisões aparentemente ilegais e consultar assessoria técnica e renunciar ao cargo ao invés de deixar de cumprir obrigações ou se não forem feitas correções”.¹⁰

O *duty of care* apresenta desdobramentos igualmente importantes para a correta gestão dos negócios da companhia, principalmente em situações de crise, tendo Flavia Parente identificado os seguintes: (i) de se qualificar para o cargo, (ii) o de bem administrar, (iii) o de se informar, (iv) o de investigar e (v) o de vigiar.

O dever de se qualificar para o cargo exige que o administrador reúna formação e experiência profissional compatíveis com o cargo a ser ocupado. Com efeito, sendo competência indelegável, não pode a administração ser transferida a outro órgão, tampouco ser exercida por leigos (*dummy directors*). Os administradores devem assumir o cargo com qualificação compatível e buscar mais qualificações durante o seu exercício.¹¹

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa destaca, há alguns anos, a importância da pluralidade na composição do Conselho de

¹⁰ RIBEIRO, Renato Vieira. Dever de diligência dos administradores de sociedades. São Paulo: Quartier Latin, 2006, págs. 236-236 e 243.

¹¹ Ao lado do “dever de informar-se” encontra-se o “dever de qualificar-se”. Em relação a este dever, durante muito tempo imperou a ideia de que o sucesso de uma empresa não estava necessariamente vinculado à formação técnica de seus administradores, existindo inúmeros exemplos de empreendedores com baixa escolaridade que construíram impérios empresariais. Talvez por esse motivo, a Lei de Sociedades Anônimas não tenha exigido qualificações técnicas ou formação específica para o cargo de administrador, até mesmo para que isso não gerasse qualquer entrave ao desenvolvimento da livre-iniciativa. No entanto, as exigências atuais do mercado não comportam mais um profissional que não tenha competências desenvolvidas, pelo menos no que tange à gestão. LUCAS, Laís Machado. **Obra citada** p. 142.

Administração, sugerindo que, entre os conselheiros, haja membros qualificados e com experiência em administrar crises¹².

Em relação ao dever de se informar, os administradores devem obter todas as informações possíveis e razoáveis a respeito da matéria relacionada com as decisões que pretendem adotar. Essas informações necessárias ao desempenho das suas funções são as mais diversas possíveis e podem ser obtidas de diferentes maneiras¹³.

Em qualquer caso, a necessidade de adequada informação como elemento essencial na regra da decisão negocial e como concretização do dever de diligência não pode ser afastada pela alegação da urgência da decisão negocial. Isto é, decisões urgentes demandam, talvez com maior rigor, o atendimento dos pressupostos dos deveres dos administradores da companhia aberta¹⁴.

O dever de vigiar ou investigar exige que os administradores analisem criticamente as informações que lhes foram fornecidas para detectar possíveis problemas futuros. Assim, exige-se que a administração discuta criticamente a informação e que avalie se as disponíveis são suficientes para uma decisão ou se devem ser complementadas.¹⁵

Flávia Parente destaca que a atuação dos administradores é dirigida a um determinado fim – o interesse social –, motivo pelo qual pode-se dizer que a atividade dos administradores é vinculada. Porém, os administradores podem escolher de forma discricionária os meios adequados para tal objetivo¹⁶. Essas possibilidades ficam à disposição dos administradores da

¹² **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015.

¹³ PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. São Paulo: Renovar, 2005 p. 114.

¹⁴ **Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional**. Recurso 7702. Relator Darwin Corrêa. Julgado em 24 novembro 2010.

¹⁵ PARENTE, Flávia. **Obra citada**, p. 120.

¹⁶ **Idem**, p. 110.

companhia que devem, de maneira informada e refletida, escolher discricionariamente quais mecanismos disporá para agir diligentemente e tomar a melhor decisão racional sobre determinado negócio, o que deve ficar claro diante da possibilidade posterior de incursão/revisão da decisão dos administradores à luz da *business judgment rule*.

Para Mariana Pargendler, a regra do artigo 159, § 6º, da Lei 6404¹⁷ “consagra verdadeira *business judgment rule* à brasileira” apenas pela existência de uma *ratio* comum entre os modelos estadunidense e brasileiro: “tutelar as decisões empresariais tomadas de forma honesta e bem intencionada, ainda que venham a se mostrar prejudiciais ou equivocadas a *posteriori*”. A autora prossegue para afirmar que essa regra confere amplo poder ao juiz para excluir o dever de indenizar do administrador se a decisão foi tomada de boa-fé tendo em vista o melhor interesse da companhia, atendidos os pressupostos para o seu reconhecimento.¹⁸

É certo que o dever de diligência não importa no dever de tomar a decisão acertada. O foco do dever de diligência não é o que foi decidido, mas como foi decidido. Os administradores devem ter a segurança e

¹⁷ BRASIL. Lei 6404, de 15/12/1976: artigo 159, § 6º, “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

¹⁸ “Se o fundamento teleológico é semelhante, é certo que a técnica jurídica empregada no art. 159, § 6º, não se confunde com a da *business judgment rule* norte-americana, por diversas razões: (i) enquanto a primeira vem positivada em texto legal, a segunda tem origem jurisprudencial; (ii) a regra do art. 159, § 6º, confere amplo poder ao juiz para excluir ou não o dever de indenizar do administrador após a apreciação dos demais requisitos da responsabilidade civil; a *business judgment rule* consiste em presunção de que a decisão foi tomada de boa-fé tendo em vista o melhor interesse da companhia, presunção esta que apenas pode ser ilidida mediante demonstração de violação dos deveres fiduciários; (iii) a literalidade do art. 159, § 6º, sugere um amplo campo de aplicação, ao passo que a *business judgment rule* reconhecidamente não isenta de responsabilidade os administradores em situação de conflito de interesses; e (iv) o art. 159, § 6º, faz referência genérica a “administradores,” o que compreenderia tanto os membros do Conselho de Administração como os integrantes da Diretoria; há, como visto, profunda incerteza no direito norte-americano quanto à possibilidade de invocar-se a *business judgment rule* relativamente aos diretores (*officers*). As distinções acima apontadas não impedem, contudo, que se vislumbre no 159, § 6º, o reconhecimento de uma *business judgment rule* devidamente tropicalizada” (PARGENDLER, Mariana. “Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro” **40 anos da lei das sociedades anônimas (6404/76)**. Ricardo Lupion (Organizador.) - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017, p. 296

proteção para tomar as decisões, cerne da atividade empresarial, sob pena de não ser possível encontrar pessoas que queiram ocupar essas funções.¹⁹

Daí, então, surgirem os chamados *standards* para a aplicação e reconhecimento da regra da decisão negocial, que representam um mecanismo formal e seguro para impor aos administradores um agir consciente e direcionado à obtenção dos melhores resultados para a empresa. Essa regra, como já referido, preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito.

E quais são os *standards* para a aplicação da regra da decisão negocial? O teste aplicado no Brasil, com inspiração no *business judgment rule* estadunidense, para verificar se o administrador orientou as suas energias e decisões é feito com base nos seguintes critérios:

- (i) **Decisão informada:** A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação;
- (ii) **Decisão refletida:** A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio;
- (iii) **Decisão desinteressada:** A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou

¹⁹ FRAZÃO, Ana. “Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial”. *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, págs. 481-520

para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade (*duty of loyalty*).

A essência da *business judgment rule* é que a decisão negocial não pode ser posteriormente atacada pelos acionistas ou revisada por tribunais, a menos que se constate que essa decisão foi tomada de forma “grosseiramente negligente”, que está maculada por alguma fraude ou há conflito de interesse em relação ao administrador que tomou a decisão²⁰ e os *standards* são verificados no caso concreto conforme adiante se demonstrará nas decisões proferidas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM no julgamento dos processos administrativos sancionadores.

Além dos standards já assinalados da regra da decisão negocial, comuns ao dever de diligência, também é exigível que o administrador investigue se as informações que lhe são passadas são confiáveis, suficientes e corretas. Isso significa que, não basta que o administrador da companhia informe-se sobre as situações que envolvem a decisão a ser tomada, é necessário que exista uma análise crítica a fim de detectar eventuais e potenciais problemas que possam ocorrer na empresa. O dever de investigar somente se impõe diante das circunstâncias específicas que levem os administradores a acreditarem que existe algum tipo de risco, mesmo que potencial, para a companhia, ou seja, quando os administradores se encontrarem diante de situações que os coloquem em “estado de alerta”.²¹

²⁰ LUCAS, Laís Machado. *Obra citada*. p. 134

²¹ PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. págs. 120-122

2. Notas sobre o entendimento da CVM a respeito do dever de diligência e da *business judgment rule*

Recente voto proferido pelo Diretor Gustavo Gonzalez em julgamento do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários - CVM fez importante distinção a respeito dos padrões de revisão das condutas dos administradores, reconhecendo que a *business judgment rule* é um dos mais importantes padrões de revisão adotados para verificar o cumprimento dos deveres fiduciários”.²²

Em seu voto, contudo, o Diretor-Relator faz uma distinção importante entre as decisões relacionadas com a condução dos negócios da companhia e as decisões relacionadas ao cumprimento das obrigações estabelecida em lei, regulamento ou no estatuto social.

Na primeira categoria, estão aquelas decisões “para as quais não existe uma resposta ótima” e, nesses casos, “busca-se respeitar a discricionariedade dos administradores e criar um ambiente que lhes permita assumir riscos e tomar decisões arriscadas, inovadoras e criativas sem medo de serem responsabilizados em caso de insucesso. Esse importante objetivo é alcançado pela *business judgment rule*” que visa “a proteger a discricionariedade do administrador ao tomar decisões que tragam algum risco para a companhia”.

Já para a segunda categoria, tendo em vista que todas as decisões tomadas pelos administradores não devem ser consideradas como uma decisão negocial, o Diretor-Relator entende que o padrão acima não se aplica “A uma, porque a lei deve estimular os administradores a se empenharem para cumprir seus deveres e obrigações. A duas, porque não há que se falar em margem de discricionariedade para o cumprimento de obrigações legais ou estatutárias”.

²² Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2015/7190, em 09.07.2019.

E, sobre a análise dos aspectos procedimentais da decisão dos administradores, pela CVM, o Diretor-Presidente Marcelo Barbosa, em recente manifestação de voto, reforçou a importância para que as decisões tomadas por administradores de companhias abertas, assim como o processo decisório a elas correspondentes, “estejam amparados por documentos e registros consistentes, aptos a demonstrar o cumprimento da diligência adotada pelos administradores, o que, naturalmente, também lhes resguardará na hipótese de revisão posterior dos seus atos, sobretudo em sede de juízo sancionatório”.²³

A manifestação de voto do Diretor-Presidente prossegue afirmando que cabe aos administradores demonstrarem o cumprimento do dever de diligência e que “atenderam aos cuidados que deles se espera”, sendo salutar que a companhia mantenha registros suficientes para que se possa evidenciar as tratativas havidas, os participantes envolvidos, com a minúcia suficiente que permita compreender e averiguar “a aderência das práticas de gestão e mesmo a aderência das condutas às exigências legais”.

Foi por essa mesma razão – ausência de vestígio de que tenha havido uma análise a respeito das operações – que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSF, em acórdão da lavra do Conselheiro Carlos Portugal Gouvêa, reformou decisão da CVM para condenar o administrador de uma sociedade anônima por descumprimento de dever de diligência em operação envolvendo partes relacionadas, sendo de se destacar que a decisão também ressaltou que, nestes casos – operação envolvendo partes relacionadas – o teste do *business judgment rule* é insuficiente, sendo necessário também verificar se o negócio foi celebrado de forma equitativa, nos termos do teste da *entire fairness*, ou seja, com

²³ Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2016/7197. Data do julgamento: 19/11/2019 Diretor Relator: Carlos Alberto Rebello Sobrinho

base em (i) negociação justa, (ii) preço justo e se (iii) foram analisados os custos de oportunidade da operação.²⁴

A questão da (in)suficiência dos registros que possam evidenciar o processo decisório, voltou a ser debatida no recente julgamento de processos administrativos sancionadores envolvendo a administração da Petrobras.²⁵ O Colegiado da CVM, por maioria de votos, proferiu decisão divergente à esse entendimento manifestado pelo Diretor Presidente, a partir da manifestação de voto do Diretor Gustavo Gonzalez, acompanhada pelo voto da Diretora Flávia Sant’Anna Perlingeiro, vencido o Diretor Relator Gustavo Machado.

O Diretor Gustavo Gonzalez, após reconhecer que a “pobreza dos registros é uma prática problemática”, manifestou-se no sentido de que a ausência desses registros “não é apta a demonstrar nem a diligência nem a falta de diligência do administrador” porque “cabe à Acusação o ônus de demonstrar a ausência de diligência por parte dos administradores. Entender que a ausência de registro das razões do administrador, por si só, é prova de ausência de diligência leva, na prática, a uma inversão do ônus da prova, inadmissível em sede de processo sancionador”.²⁶

²⁴ Recurso 13.703. Processo 10372.000141/2016-23. Acórdão CRSFN 202/2018. Data do julgamento: 21/08/2018. Neste acórdão há várias passagens apontando deficiências no julgamento do caso pela CVM, como por exemplo: “Percebe-se que o colegiado da CVM ignorou dúvidas muito relevantes com relação ao caso concreto”, ou que “a decisão apresenta um claro erro jurídico, derivado de uma aplicação parcial e irrefletida da jurisprudência e doutrina estrangeiras”. A decisão da CVM foi proferida PAS CVM nº 02/2008, Roberto Tadeu Antunes Fernandes Diretor-Relator. Data do julgamento: 05/03/2013.

²⁵ 1. PAS CVM SEI 19957.010647/2019-97 (05/2016): administradores da Petrobras (assunto: Refinaria Abreu e Lima – RNEST). 2. PAS CVM SEI 19957.011654/2019-14 (06/2016): membros da diretoria, conselho de administração e conselho fiscal da Petrobras (assunto: Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – Comperj). 3. PAS CVM SEI 19957.005789/2017-71 (SP2017/294): administradores e conselheiros fiscais da Petrobras (assunto: *impairment* na elaboração das demonstrações financeiras dos exercícios sociais encerrados em 31/12/2010, 31/12/2011, 31/12/2012, 31/12/2013 e 31/12/2014).

²⁶ Eis a manifestação de voto na íntegra: “90. Penso que a pobreza dos registros societários é uma prática problemática: em caso de questionamento, os investigados invariavelmente alegam, e não sem razão, que suas decisões negociais somente podem ser revistas sob uma ótica procedimental, mas em muitas vezes não conseguem demonstrar o processo pelo qual as decisões atacadas foram tomadas – isto é, evidenciar que o processo decisório foi, sob o ponto de vista do procedimento, informado, refletido e desinteressado. Dito isso, parece-me que, de modo geral, a ausência de registros detalhados não é apta a demonstrar nem a diligência nem a falta de diligência do administrador. 91. Afinal de contas, cabe à Acusação o ônus de demonstrar a ausência de diligência por parte dos administradores. Entender que a ausência de registro das razões do administrador, por si só, é prova de ausência de

Nessa mesma sessão de julgamento, todas as manifestações de voto convergiram para o entendimento da jurisprudência da CVM a respeito da *business judgment rule*, no sentido de que as decisões do administrador devem ser consideradas regulares, ante a inexistência de pressupostos que demonstrem má fé, fraude, interesse ou conflito do administrador e a adequação procedimental do respectivo processo decisório.

No caso concreto houve divergência de entendimento na apreciação do conjunto probatório. Para o Diretor Relator Henrique Machado, vendido na decisão, esperava-se, uma reflexão e a “apresentação de justificativa razoável por parte dos diretores para desconsiderar os sinais de alerta que lhes eram claramente perceptíveis” e a decisão foi tomada “sem explicitar os motivos pelos quais se acreditava, apesar dos alertas, ser aquela a melhor decisão para suprir o mercado nacional com derivados de petróleo em relação a outras alternativas”.²⁷

diligência leva, na prática, a uma inversão do ônus da prova, inadmissível em sede de processo sancionador. 92. Embora acredite que o que já expus é mais do que suficiente para encerrar essa questão, há um argumento de outra ordem que também me parece relevante. Considerando que a esmagadora maioria dos registros das reuniões ainda hoje é feita na forma de sumário, mas que há uma preocupação crescente de melhoria na forma de se documentar (ainda que não em ata) o processo decisório, deve-se ter cuidado para, no afã de se apurar responsabilidades, não se acabar legitimando o argumento, que ainda é muito forte, de que, ao se fazer os registros, “menos é mais”. 93. No caso em tela, não vejo como, a partir da falta de registros mais detalhados acerca de como os administradores se portaram ao discutir e deliberar as matérias questionadas possa ser considerada como prova de ausência de diligência. Conforme reconhecido pela própria Acusação, “[a]s atas das reuniões da DE não eram descritivas, limitando-se a registrar somente as conclusões delas resultantes. Portanto, os comentários dos diretores sobre as pautas não se faziam constar nas referidas atas. Tampouco havia qualquer decisão no sentido de gravar ou de registrar, de alguma forma, as discussões que existiam nos encontros.” (item 45, fls. 5.604). Vê-se, portanto, que os registros questionados estavam em linha com o que autoriza a lei societária e com o que era habitualmente feito pela Petrobras”. 1. PAS CVM SEI 19957.010647/2019-97 (05/2016): administradores da Petrobras (assunto: Refinaria Abreu e Lima – RNEST).

²⁷ Para o Diretor Relator Henrique Machado “uma sábia confiança que possa existir no âmbito da diretoria não pode subverter a natureza colegiada de suas decisões e eliminar integralmente o devido escrutínio dos demais diretores sobre as matérias que são submetidas ao órgão plural, destacadamente na análise de matérias de natureza estratégica e encaminhadas com parecer negativo das áreas técnicas e contrariando a Sistemática Corporativa. Espera-se, ao menos, uma reflexão sobre tais aspectos e a apresentação de justificativa razoável para desconsiderar os sinais de alerta que lhes eram claramente perceptíveis. [...] Com efeito, a decisão foi tomada sem explicitar os motivos pelos quais se acreditava, apesar dos alertas, ser aquela a melhor decisão para suprir o mercado nacional com derivados de petróleo em relação a outras alternativas. Do mesmo modo, não havia registro das razões de não ter sido considerado o impacto das “refinarias *premium*” na avaliação do projeto, nem a razão de ter sido dispensada a análise de risco econômico-financeiro requerida pela Sistemática Corporativa. Tudo isso foi, como visto, devidamente ressaltado nos pareceres técnicos encaminhados para suportar a decisão da diretoria”. 1. PAS CVM SEI 19957.010647/2019-97 (05/2016): administradores da Petrobras (assunto: Refinaria Abreu e Lima – RNEST).

No entendimento da maioria, a partir da divergência na manifestação de voto do Diretor Gustavo Gonzalez, “não se pode confundir a assunção consciente de riscos com desleixo com sinais de alerta” e que a acusação foi além da análise procedimental e adentrou no exame do mérito de uma decisão negocial”, o que é vedado pela jurisprudência da Autarquia, não havendo, também, suficiência probatória para comprovar a violação do dever de diligência.²⁸

Em resumo, apesar da divergência a respeito do conjunto probatório no caso concreto dos processos administrativos sancionadores envolvendo a administração da Petrobras, todas as manifestações de votos, durante a sessão de julgamento, convergem para o entendimento de que o exame da *business judgment rule* deve se limitar ao procedimento adotado pelo administrador sem o chamado “viés de retrospectiva da acusação” o que representaria revisão do mérito da própria decisão negocial.

²⁸ **Para o Diretor Gustavo Gonzalez**, na sua manifestação de voto : “101. Assim, dizer que os diretores no caso não foram diligentes pois não reagiram aos sinais de alerta trazidos pelas áreas implica um grave erro conceitual: confundir a assunção consciente de riscos com desleixo com sinais de alerta. Os chamados *red flags* são indicativos de anomalias e irregularidades e não apontamentos de riscos empresariais; entender de modo diverso significa negar, por via indireta, a defesa da *business judgment rule* e pavimentar caminho para a responsabilização dos administradores pela eventual materialização dos riscos inerentes à atividade empresária. Equiparar a assunção consciente de risco com falta de atenção a sinais de alerta é manifestação típica do viés de retrospectiva da acusação e recomenda cautela adicional ao julgador. 102. De fato, entendo que os elementos constantes dos autos indicam que a diretoria, após debater o assunto, deliberou de modo informado e refletido acerca da matéria, fiando-se na recomendação da área especialista, consubstanciada no DIP. 103. É importante perceber que a Acusação de fato não faz uma verdadeira análise procedimental, mas adentra no exame do mérito de uma decisão negocial. Ora, a *business judgment rule* requer que a diligência dos administradores em questões empresariais seja, a princípio, sindicada unicamente em uma perspectiva procedimental. 104. É da acusação o ônus de trazer evidências de má-fé, desvio ou fraude, ou de mostrar que a decisão empresarial não era racional ou que não foi, sob o ponto de vista do procedimento, tomada de modo informado, refletido e desinteressado. A Acusação não se desincumbiu desse ônus: ao contrário, disse não haver prova de que os diretores e conselheiros acusados de falta de diligência voluntariamente contribuíram para a prática dos gravíssimos desvios, acusando-os, portanto, de uma conduta negligente, sem, contudo, demonstrar porque a conduta dos acusados não satisfaria os requisitos da regra da decisão negocial”. 1. PAS CVM SEI 19957.010647/2019-97 (05/2016): administradores da Petrobras (assunto: Refinaria Abreu e Lima - RNEST).

3. O caso Smiles: red flags e entire fairness

3.1. As partes envolvidas e os detalhes da Operação

No dia 05 de julho de 2020, a sociedade Smiles Fidelidade S/A (Smiles)²⁹ celebrou com a Gol Linhas Aéreas S.A. (Gol),³⁰ contrato de compra antecipada de passagens aéreas (Operação) tendo por objeto a compra, pela Smiles, de R\$1.200.000.000,00 em créditos da Gol, para utilização futura na aquisição de passagens aéreas, conforme as condições estipuladas contratualmente, e a concessão à Smiles, como contrapartida, de benefícios e condições comerciais, conforme constam em diversos atos societários da Smiles, adiante indicados.

Essa Operação foi realizada pouco mais de três meses após o início da pandemia, que provocou forte impacto negativo nos serviços aéreos. “Tráfego aéreo no Brasil e no mundo despenca com pandemia de Covid-19”, o noticiário indicava queda de 65% no mercado nacional e de 80% na América do Sul, com severas restrições de diversos países que perduram até hoje.³¹

Pesquisa conduzida pela FAPESP também indicava que “fronteiras fechadas para estrangeiros, voos cancelados, jatos voando quase vazios,

²⁹ A sociedade Smiles Fidelidade S.A. (Smiles) foi constituída em julho de 2012 para gerir, administrar e operar com exclusividade o Programa Smiles, é um dos maiores programas de multifidelização no Brasil com mais de 17,6 milhões de Participantes, no qual o participante pode acumular milhas no Programa Smiles, em operações realizadas em diversos parceiros comerciais e, posteriormente, resgatá-las em passagens aéreas para mais de 1000 destinos no mundo ou em diversos produtos e serviços. Em 26 de abril de 2013, a Smiles realizou a sua Oferta Pública Inicial de ações, aderindo ao mais elevado nível de governança da B3 (Novo Mercado). A Smiles é controlada pela sociedade Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A, que detém 52,60% do capital social da companhia. Disponível em <https://ri.smiles.com.br>. Acesso em 10/02/2021.

³⁰ A sociedade Gol Linhas Aéreas S/A (Gol) presta serviços de transporte aéreo regular e não regular de passageiros, cargas ou malas postais, em âmbito nacional e internacional, na conformidade das concessões das autoridades competentes e demais atividades complementares. A Gol é controlada pela sociedade Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A, que detém 100% do capital social da companhia. Disponível em <https://ri.voegol.com.br>. Acesso em 10/02/2021.

³¹ Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/04/10/trafego-aereo-no-brasil-e-no-mundo-despenca-com-pandemia-de-covid-19-veja-o-que-mudou-e-perspectivas.ghtml>. Acesso em 10/02/2021.

frotas inteiras no chão” indicavam que o setor aéreo foi um dos mais atingidos pela pandemia do novo coronavírus com redução de quase 70% do número de voos comerciais no mundo. Segundo a pesquisa, o presidente da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (Abeaer) “é um prejuízo incalculável”, sendo reconhecida como a pior crise enfrentada pela indústria da aviação.³² Além disso, no ano de 2020, até o momento da Operação, as ações da Smiles e da Gol tinham sofrido desvalorização de 50%, com picos de entre 70/80% de desvalorização das ações da Gol durante o período de estudos da Operação.

É nesse cenário de forte retração do setor que o texto procura avaliar se a Operação, exclusivamente do ponto de vista procedimental, obedeceu às exigências para a sua realização, no que se refere ao pressupostos do *business judgment rule* e se o negócio foi celebrado de forma equitativa, nos termos do teste da *entire fairness*, ou seja, com base em (i) negociação justa, (ii) preço justo e se (iii) foram analisados os custos de oportunidade da operação.

Os atos societários divulgados pela Smiles demonstram que os administradores, do ponto de vista dos procedimentos formais estatutários, adotaram todos os procedimentos exigidos para a realização da Operação.

Conforme previsto no Estatuto Social,³³ a Operação foi previamente submetida, analisada e recomendada por um Comitê Independente que, por unanimidade, recomendou ao conselho de administração da Smiles a

³² Disponível em <https://revistapesquisa.fapesp.br/o-colapso-do-setor-aereo/>. Acesso em 09/01/2021

³³ O artigo 16 do estatuto social da Smiles atribui ao Conselho de Administração competência para “Aprovar a compra antecipada de passagens aéreas, a serem emitidas por partes relacionadas, em operações em que (i) o valor ou saldo total de créditos para a compra de passagens aéreas da referida parte relacionada, incluindo os créditos a serem adquiridos com a operação a ser aprovada, exceda os gastos totais da Companhia com passagens aéreas nos últimos 12 (doze) meses anteriores a data de cada compra, ou (ii) não seja concedido, no mínimo, um desconto à Companhia equivalente ao custo de captação em reais em dívidas sem garantias reais da referida parte relacionada para um prazo semelhante ao da referida operação”, mas conforme parágrafo 1º, previamente à deliberação, o Conselho de Administração “deverá constituir um comitê independente para analisar as referidas propostas. O comitê deverá ser formado por, pelo menos, 3 integrantes, em sua maioria independentes. O comitê deverá analisar as propostas e manifestar a sua orientação para o Conselho de Administração em um prazo máximo de 15 dias.

implementação da Operação nos termos, condições e premissas descritas e utilizadas no relatório, porque, na opinião do Comitê, a Operação “atende o melhor interesse da Smiles, gerando valor para os seus acionistas, empregados e, principalmente, clientes” e, se realizada conforme descrita no relatório, “a Operação é comutativa e gera valor para a Smiles”.³⁴

Ainda, do ponto de vista do procedimento formal dos administradores, após essa recomendação do Comitê Independente, a Operação foi submetida e aprovada, por unanimidade, pelo Conselho de Administração,³⁵ tendo sido registrada a ausência e impedimento dos conselheiros Constantino de Oliveira Junior, Joaquim Constantino Neto e Ricardo Constantino, por conflito de interesses, em razão da vinculação dos mesmos com a Gol, nos termos do Artigo 156 da Lei 6.404/76.³⁶

Finalmente, a Operação foi objeto de fato relevante divulgado pela companhia, cumprindo mais uma das exigências formais da Operação.³⁷

³⁴ Disponível em <https://ri.smiles.com.br>. Acesso em 10/02/2021.

³⁵ *Ibidem*

³⁶ Lei 6404/76. Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

³⁷ A divulgação de fato relevante está prevista na Lei 6404/76, art. 157, § 4º: “Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”, regulamentada pela Instrução CVM 358 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). “O administrador deve providenciar comunicação à bolsa de valores e à CVM (Inst. n. 358) e publicação pela imprensa (papel) da ocorrência de fatos relevantes. Pode ser fato relevante todo e qualquer evento econômico ou de repercussão econômica a envolver a companhia, incluindo nesse amplo conjunto as deliberações de seus órgãos societários, a realização ou a não realização de determinados negócios, projeções de desempenho etc. Será relevante o fato se puder influir, de modo ponderável, na decisão de investidores do mercado de capitais, no sentido de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela sociedade anônima (LSA, art. 157, § 4º). Quer dizer, se o administrador de companhia aberta, a partir de sua experiência profissional, constatar que os investidores, ao tomarem conhecimento de determinada notícia relacionada à sociedade que administra, optariam por realizar ou deixar de realizar certos negócios no mercado de capitais, então ele estará diante de um fato relevante, cuja divulgação é seu dever legal. O regular funcionamento do mercado de capitais depende da transparência no acesso às informações sobre as companhias abertas emissoras dos valores mobiliários nele negociados. É o princípio do *full disclosure*, que procura assegurar a todos os investidores oportunidades iguais na negociação. O administrador é o principal agente de efetivação desse princípio negocial”. (COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320-321).

3.2. Os *red flags* e o teste da *entire fairness* da Operação

Conforme antes referido, dois importantes pressupostos da regra da decisão empresarial exigem que a decisão tenha sido informada, isto é, baseada em informações razoavelmente necessárias para tomá-la e que também tenha sido refletida, ou seja, mediante análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências do negócio. O administrador não pode ser mero destinatário de informações ou depositário de documentos e relatórios. É necessário que ele tenha analisado criteriosamente as informações e documentos recebidos.

Os precedentes da CVM reconhecem que os administradores têm o direito de confiar nas opiniões que lhes são transmitidas por terceiros e, conseqüentemente, não deveriam, a princípio, ser responsabilizados caso as suas decisões empresariais se baseiem em relatórios, pareceres prestadas por *experts*, ainda que a decisão tomada a partir desse aconselhamento venha a se mostrar inadequada. Mas esse direito de confiar em terceiros e a sua proteção estão sujeitos a certas condições, designadas por sinais de alerta (*red flags*), isto porque, o administrador não pode ser simples aplicador da informação recebida, tendo o dever de analisar criticamente o material que lhe foi apresentado.³⁸

O primeiro ponto que deveria ter sido objeto de avaliação dos seus impactos, foram os registros sobre os impactos da crise do covid-19 feitos no relatório do Comitê Independente. Na ata do conselho de administração realizada no dia 05/07/2020, que aprovou a operação, encontra-se transcrito o Relatório de Análise e Recomendação do Comitê Independente como Anexo I. Nesse relatório, em linha com o noticiário antes referido,

³⁸ CVM. Processo administrativo sancionador nº RJ2014/8013. Data do julgamento: 28/08/2018. Diretor Relator: Gustavo Machado Gonzalez. Processo administrativo sancionador nº RJ2016/7197. Data do julgamento: 19/11/2019. Diretor Relator: Carlos Alberto Rebelo Sobrinho.

há vários registros a respeito da gravidade da crise do covid-19 nas atividades de transporte aéreo e, especificamente, que a Gol suspendeu a sua “operação regular e que a adequou a sua malha ao cenário do Covid-19, o que representaria uma redução da oferta de voos de aproximadamente 92% nos mercados domésticos (permanecendo apenas um atendimento essencial às capitais estaduais e ao Distrito Federal) e a interrupção de todos os voos internacionais, com exceção dos voos de repatriação”. Essa adaptação - continua o relatório - significou redução de 93,5% da taxa da oferta total de voos com relação ao mesmo período de 2019.³⁹

Isto é, parafraseando o Diretor Gustavo Gonzalez e longe de pretender examinar o caso com o “viés de retrospectiva”, pelo menos registros e evidências do processo decisório pelo Conselho de Administração da Smiles deveriam constar na citada ata do RCA pois, se a Gol teve retração de 90% da sua demanda, qual seria o melhor interesse da companhia Smiles protegido na Operação, já que não teria como utilizar e usufruir desse crédito nesse cenário de paralisação do transporte aéreo?

Retornando ao detalhes da Operação, verifica-se que nesse relatório não há nenhuma avaliação ou comentário de idêntica aquisição feita pela Smiles em 26/02/2016, pela qual a companhia também adquiriu, antecipadamente, passagens aéreas no expressivo valor de R\$ 1.000.000,00.

A análise da anterior aquisição seria um indicador da razoabilidade da Operação e do teste do *entire fairness*, isto é, se o crédito gerado pela anterior aquisição atendeu aos melhores interesses da companhia e gerou benefícios ao longo dos últimos quatro anos, seria um bom indicativo para a realização da nova operação. Agora, ao contrário, se o crédito não foi integralmente utilizado pela Smiles em compras de passagens, salvo

³⁹ Disponível em <https://ri.smiles.com.br>. Acesso em 10/02/2021.

motivos devidamente justificados e fundamentados, a nova Operação poderia não resultar nos benefícios desejados para a companhia e, portanto, poderia não atender aos melhores interesses da companhia.

Explica-se: se a demanda por passagens aéreas dos participantes do programa smiles não foi suficiente para consumir o crédito anterior de R\$ 1.000.000,00 (durante quatro anos e em tempos não-pandêmicos, sem retração do setor), quais seriam as razões que justificariam a crença de que uma nova operação, de valor superior (R\$ 1.200.000,00) geraria benefícios para a companhia?

Esses pontos não foram analisados pelo Comitê Independente na Operação e, a sua omissão no relatório, poderia ser considerado um sinal de alerta (*red flag*). A ausência do teste do *entire fairness* também deveria ter sido identificada pelos integrantes do conselho de administração da Smiles, no julgamento e decisão da Operação.

Por iniciativa de acionistas minoritários representantes de mais de 4% do capital da Smiles, foi convocada assembleia geral extraordinária (AGE) para deliberar sobre a propositura de ação de responsabilidade, pela companhia, contra os seus integrantes do conselho de administração. O anexo III da referida ata contém manifestação de voto de acionistas minoritários e integra esta manifestação, uma nota técnica emitida sobre a Operação solicitada pelos referidos acionistas minoritários. Nesta nota técnica verifica-se no item “H”, fl. 12, que consta a informação de que a Smiles possui um crédito expressivo (de aproximadamente R\$ 1.200.000,00) de aquisições anteriores não utilizado para a compra de passagens aéreas.⁴⁰

Aqui retoma-se o aspecto que, do ponto de vista do procedimento formal, tanto o Comitê Independente, quanto dos integrantes do Conselho

⁴⁰ Disponível em <https://ri.smiles.com.br>. Acesso em 10/02/2021.

de Administração, deveriam registrar, nas suas deliberações, uma apreciação sobre esse expressivo crédito não utilizado. Registre-se que, em linha com os precedentes da CVM, não se pretende a revisão da decisão tomada, cuja oportunidade e conveniência cabem exclusivamente aos administradores, mas, do ponto de vista do procedimento, do registro formal das suas decisões, a ausência de apreciação e deliberação dos conselheiros sobre esses relevantes pontos poderiam caracterizar ausência de dois importantes pressupostos da regra da decisão negocial (decisão informada e refletida) e do teste do *entire fairness* considerando que se trata de transação entre partes relacionadas, já que a Smiles é controlada pela sociedade Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A (beneficiária da Operação), detém 52,60% do capital social da companhia.

4. Covid-19, gerenciamento de crises e o papel dos administradores: pesquisa do IBGC.

No período de 27 de março a 5 de abril de 2020, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC realizou pesquisa para compreender como os administradores das empresas – conselheiros de administração, diretores - estavam preparados ou se preparando para o enfrentamento da crise da magnitude da Covid-19. O questionário foi preenchido por 333 respondentes.⁴¹

A pesquisa abrangeu diversos setores da economia: Indústria (16,9%), Consumo e varejo (12,5%), Financeiro (10,9%), Construção civil (9,3%), Tecnologia (8,9%) e Alimentação e bebidas (8,1%). Do ponto de vista do porte das empresas, a pesquisa também foi abrangente, dividida em quatro faixas de faturamento: Pequena empresa (até R\$ 20 milhões), correspondendo a 23,7% dos respondentes. Média-grande empresa

⁴¹ COVID-19, gerenciamento de crises e o papel dos administradores nas organizações / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC – São Paulo, SP : Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, 2020.

(acima de R\$ 100 milhões até R\$ 400 milhões), correspondendo a 20,1% dos respondentes. Média empresa (acima de R\$ 20 milhões até R\$ 100 milhões), correspondendo a 18,3% dos respondentes e Grande empresa (acima de R\$ 400 milhões), correspondendo a 37,9% dos respondentes.

A pesquisa revelou que 90,2% dos respondentes afirmaram que as empresas não estavam preparadas para enfrentar uma situação de crise como a da covid-19, que exige o isolamento de pessoas, a paralisação total ou parcial de operações, o desabastecimento etc.

Quando perguntados sobre o preparo das empresas para o enfrentamento de uma pandemia como a da Covid-19 (coronavírus) ou, ainda, outra situação de crise com magnitude semelhante, verificou-se que, de maneira geral, as empresas não estavam preparadas para lidar com a situação, independentemente do porte ou segmento de atuação: apenas 9% dos respondentes afirmaram que as empresas estavam preparadas. Outros 19% afirmaram que as empresas estavam preparadas, mas não possuíam um plano estruturado de gerenciamento de crises. Para 32,7% dos respondentes, as empresas estavam parcialmente preparadas e havia necessidade de aprimorar políticas e procedimentos. Finalmente, 39% disseram que as empresas não estavam preparadas para o gerenciamento desta crise.

Do ponto de vista da reserva financeira, os respondentes indicaram que a maioria das empresa possuía algum preparo para enfrentar uma crise de curta duração (36%, com reserva de caixa de 6 meses e 48%, com reserva de caixa de 3 meses). Apenas 14% estava despreparada com reserva de caixa para apenas 10 dias. Como a crise sanitária prolongou-se por mais de 12 meses, com abre-fecha das atividades não essenciais, provavelmente as respostas seriam muito diferentes se considerado esse longo tempo.

Porém, a pesquisa também demonstra uma pronta resposta das empresas: 80% dos respondentes relataram que houve discussões, tanto no conselho de administração quanto na diretoria, a respeito da Covid-19, para tratar do enfrentamento da crise, da necessidade de adaptação ao novo cenário, revisão de planos estratégicos e direcionarem esforços para novas frentes, avaliação de impacto econômico-financeiro, etc

Esses dados demonstram que os administradores passaram a ocupar a agenda das reuniões do conselho de administração e da diretoria das empresas com temas relacionados ao enfrentamento da crise: 80% dos respondentes relataram que houve discussões, tanto no conselho de administração quanto na diretoria, a respeito da Covid-19, o que representa um esforço direcionado ao cumprimento do dever de diligência dos administradores.

Conclusão

Enquanto os standards da *business judgment rule* encontram convergência na doutrina e nas decisões do órgão regulador, vimos que o modo de apuração e verificação do atendimento desses standards ainda podem sofrer algum tipo de nova orientação.

Na CVM há uma clara divisão sobre o entendimento a respeito dos registros do procedimento adotado pelos administradores na decisão negocial tomada: há uma linha de entendimento no sentido de que cabe aos administradores demonstrarem o cumprimento do dever de diligência e que “atenderam aos cuidados que deles se espera”, sendo salutar que a companhia mantenha registros suficientes para que se possa evidenciar as tratativas havidas e outra, em sentido oposto porque entende que “cabe à Acusação o ônus de demonstrar a ausência de diligência por parte dos administradores. Entender que a ausência de registro das razões do administrador, por si só, é prova de ausência de diligência leva, na prática,

a uma inversão do ônus da prova, inadmissível em sede de processo sancionador”.

Verificou-se que no caso Smiles, os tempos de pandemia devem exigir dos administradores cuidados adicionais em relação aos *red flags* e ao teste do *entire fairness* para o atendimento do dever de diligência, considerando que a situação de anormalidade exige esse esforço adicional de modo que registros do processo decisório sejam completos e suficientes, especialmente em relação ao exame dos impactos dos tempos pandêmicos na decisão negocial.

Ademais, a pesquisa elaborada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC também demonstrou que, apesar da grande maioria das companhias não estar preparada para o enfrentamento da crise do Covid-19, entretanto, 80% dos respondentes relataram que houve discussões, tanto no conselho de administração quanto na diretoria, a respeito da Covid-19, o que representa um esforço direcionado ao cumprimento do dever de diligência dos administradores.

A Alocação de Riscos nos Contratos Empresariais e a Lei de Liberdade Econômica

*Tiago Faganello*¹

1. introdução

Não há dúvidas de que um dos temas mais espinhos para os que atuam na prática contratual seja a intervenção na matriz contratual (equação econômico-financeira da relação) por um terceiro adjudicador (Poder Judiciário ou arbitragem), desalocando as obrigações, riscos e incertezas que haviam sido previamente estabelecidas e alocadas pelas partes. Ainda que o tema dos efeitos de segunda ordem (externalidades negativas²) nas relações careça³ de maiores estudos empíricos, é lugar comum a constatação, além de uma mera percepção, por aqueles que estejam envolvidos na prática contratual, em relação os efeitos causados em uma estrutura contratual decorrentes de uma intervenção na relação contratual mantida entre as partes.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.

² As externalidades são consequências não almejadas decorrentes da atuação de um determinado indivíduo. Estas consequências afetam a situação de terceiros, impondo custos (externalidades negativas) ou benefícios (externalidades positivas). Cooter e Ullen destacam que: “[...] os benefícios de uma troca poderão se refletir em outras partes que não aquelas explicitamente envolvidas nela. Além disso, os custos da troca poderão se refletir em outras partes”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 61. Vide: TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 187. HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. Contract Law. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. Oxford: Elsevier, 2007. Vol. I. p. 30-31.

³ Vide: POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo, Saraiva, 2010. Fernando Araújo, por exemplo, destaca que um dos fatores para evolução do estudo econômico do contrato é a obtenção de dados estatísticos que permitam uma mais fidedigna avaliação econométrica. ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1058.

Enganam-se aqueles que acreditam que a modelagem de uma estrutura contratual e a redação de um instrumento levam em conta apenas os requisitos estabelecidos pela legislação para a realização de determinado contrato. Os agentes econômicos sopesam: (a) o mercado específico daquela operação econômica; (b) a necessidade em investimentos em ativos específicos; (c) os riscos e incertezas; (d) o comportamento dos Tribunais⁴ e, no que for possível, de eventuais árbitros; (e) quais os Tribunais Estaduais mais especializados na matéria⁵, entre outros.

Todas as variáveis elencadas acima, ainda que exemplificativas, representam uma precificação na hora de negociação de um contrato, isto é, para assumir um determinado risco contratual a parte valorará economicamente essa assunção e exigirá uma contraprestação (seja no preço ou a parte contrária assumindo outro risco).

Com efeito, o presente trabalho abordará a relação entre o contrato e a alocação de riscos entre as partes em uma determinada operação econômica. Todavia, considerando a extensão do tema e as diversas possibilidades de abordagens é imperiosa a realização de escolhas (recortes).

O *primeiro* recorte refere-se a quais contratos serão considerados para exposição do tema. Optou-se pelos contratos empresariais já que é da essência da atividade empresarial o elemento risco. O *segundo* recorte é legislativo, notadamente a relação da Lei nº 13.874/2019 (“Lei de Liberdade Econômica”) que trouxe alterações legislativas pontuais em relação aos contratuais, em especial à alocação de riscos contratual.

Assim, o tema será abordado da seguinte maneira: (i) o contrato e suas acepções; (ii) breves notas sobre os contratos empresariais e (iii) o

⁴ Um exemplo conhecido era a expertise da Corte de Delaware nos Estados Unidos para resolver disputas comerciais e societárias, considerando a competência e sofisticação dos juízes na matéria.

⁵ Uma constatação é a criação de Varas Especializadas pelos Tribunais Estaduais.

contrato como mecanismo de alocação de risco e a Lei de Liberdade Econômica.

2. O Contrato e as Suas Acepções

Considerando que a expressão e o contorno do conceito⁶ da expressão contrato podem assumir diferentes acepções, passa-se a analisar a estrutura contratual e os conceitos a fim de evitar confusões terminológicas.

2.1 Contrato na economia

Um dos conceitos fundamentais da economia é que vivemos em um mundo de recursos limitados e de restrições⁷, mas os desejos e as necessidades dos agentes econômicos são infindáveis e os mais variados possíveis.

É inviável supor que cada agente econômico produza tudo aquilo que seja necessário para sua sobrevivência, para a satisfação de suas vontades ou, ainda, para organização e produção de sua atividade econômica.

⁶ Paula Forgioni ressalta que no âmbito do direito empresarial a linguagem e o conceito do contrato é aquela empregada pelos empresários e cujo conceito não coincide com a dogmática civilista. FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. 5ª ed. p. 25. Ainda, “Para economistas, contratos são acordos que impõem custos tangíveis em troca de benefícios tangíveis, independentemente de seu reconhecimento pelo direito. Para advogados de negócios, contratos são instrumentos escritos que formalizam acordos que seus clientes acreditam ter feito – assim como abordam várias contingências remotas que seus clientes deveriam ter considerado, que provavelmente não o fizeram. Para advogados que atuam no contencioso, contratos são instrumentos probatórios, tanto para serem invocados como prova dos acordos de vontade como para serem desconsiderados, se forem ambíguos, injustos ou não corresponderem aos fatos reais. [...]”. SUCHMAN, Mark C. Os contratos como artefatos sociais. In: SALAMA, Bruno (org.). **Para que serve o direito contratual?** São Paulo: Direito GV, 2014. p. 99.

⁷ Em relação ao conceito de restrições, escassez e limitações dentro da ciência economia Robert H. Frank esclarece que: “Essa reação, no entanto, assume uma visão muito estreita do termo escassez, pois *sempre* há importantes recursos com oferta reduzida. Quando morreu, Aristóteles Onassis possuía vários bilhões de dólares, uma vez que tinha mais dinheiro do que jamais poderia ter gasto [...]. Mesmo assim, ele enfrentou um problema de escassez muito maior do que a grande parte de nós um dia já pensou em enfrentar. Onassis era vítima de *miastenia grave*, uma doença neurológica autoimune debilitante e progressiva, e, por esse motivo, para ele, a escassez que importava não era a de dinheiro, mas sim de tempo, energia e habilidade física necessários para realizar atividades comuns do dia a dia. O tempo é um recurso escasso para todos, não apenas para os portadores de doenças terminais. Portanto, ao decidir que filmes ver, por exemplo, é o tempo, e não o preço do ingresso que restringe a maioria de nós. [...] Todavia, tempo e dinheiro não são os únicos recursos escassos importantes. Considere, por exemplo, a escolha econômica que você enfrenta entre quando um amigo convida para um bufê de café da manhã: você tem que decidir como completar seu prazo [...]. Você possui, diante de si, uma mesa inteira com suas comidas preferidas e tem de decidir quais comer e em que quantidades. Comer mais um *waffle* significa necessariamente ter menos espaço para mais ovos mexidos, e mesmo que essa situação não envolva dinheiro, sua escolha não deixa de ser uma decisão econômica”. FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. Tradução Christiane de Brito Andrei. 8. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013. p. 3.

Tal mundo de limitações e restrições acentua-se ainda mais em uma época em que a sociedade é caracterizada fortemente por contextos de desenvolvimento informacional e tecnológico típicos de um mundo globalizado, ocasionando diversas alterações nas mais diversas áreas do conhecimento, da vida social e da atividade econômica⁸.

As trocas econômicas são, assim, imprescindíveis em uma sociedade.

O espaço destinado à realização das trocas econômicas é o mercado, o qual tem por objetivo facilitar a circulação da titularidade de interesses ou de direitos.

As trocas econômicas serão realizadas por meio de contratos (acordos voluntários) que permitem a circularização da titularidade de direitos, bem como representam o exercício da autonomia das partes dentro do contexto de liberdade negocial propiciados por uma economia de mercado.

O contrato pode ser entendido, nessa acepção, como um meio de trocas entre agentes econômicos para a produção e a circulação (transferência) de riquezas. Trata-se de concepção coloquial ou não jurídica⁹ do que venha a ser o contrato¹⁰.

Ainda, na econômica o contrato é entendido como sinônimo do negócio (transação) ou da troca econômica, sem qualquer qualificação jurídica pontual¹¹, configurando-se como um acordo voluntário entre as

⁸ Nesse sentido vide: FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁹ “Na utilização vulgar do termo, contrato significa uma operação econômica e social, que não é outra coisa senão um fato (ou um evento para os teóricos da linguagem. É nesse sentido que os economistas tratam do fenômeno contratual [...]”. TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 187.

¹⁰ Conforme Enzo Roppo: “As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidas na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediamente – para a ideia de operação econômica. Como demonstração, basta reflectir sobre um certo uso da linguagem comum. No âmbito desta palavra, a palavra <<contrato>> é, as mais das vezes, empregue para designar a operação econômica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o <<negócio>>, em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica.” ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8.

¹¹ SUCHMAN, Mark C. Os contratos como artefatos sociais. In: SALAMA, Bruno (org.). **Para que serve o direito contratual?** São Paulo: Direito GV, 2014. p. 99.

partes envolvidas¹², cujos agentes econômicos têm como objetivo melhorar suas posições individuais e coordenar seus comportamentos.

Importante destacar também o célebre conceito de Oliver Williamson de que o contrato é um arranjo entre dois ou mais agentes com base em comportamentos e expectativas recíprocas¹³.

2.2 Contrato na dogmática jurídica

No que se refere à interação entre os agentes econômicos, deve se reconhecer não só a presença da economia, como também a do espaço ou local destinando para as trocas econômicas – que é o mercado – e as estruturas estabelecidas pelo Direito para que as transações possam ocorrer.

Segundo Enzo Roppo¹⁴, o contrato, conceito jurídico, compreende uma construção elaborada pela ciência jurídica tendo como finalidade a “de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina complexa”, refletindo determinada realidade socioeconômica, da qual ele é o instrumento.

Com efeito, nesta acepção, o contrato deve ser entendido como formalização jurídica (função instrumental, nas palavras de Tullio Ascarelli¹⁵) de uma troca econômica voltada para a circulação de titularidade de direitos¹⁶.

¹² BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel. The economics of contracts and the renewal of economics. In: ROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel (org.). **The economics of contracts: theories and applications**. Cambridge: University Press, 2002. p. 3.

¹³ WILLIAMSON, Oliver E. **The Firm as a nexus of treaties: An Introduction**. Co-editor (with Masahiko Aoi and Bo Gustafsson). Sage Publications, London, 1989. p. 3.

¹⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7; 10-11.

¹⁵ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 273.

¹⁶ No mesmo sentido, Vera Helena de Mello Franco destaca que “o contrato, conceito jurídico, tem sempre por base uma operação econômica, com a qual por vezes, por metonímia, se confunde (Ex: concluí um contrato muito vantajoso). É, por assim dizer, a roupagem jurídica da operação econômica ou a sua formalização jurídica e, sob tal aspecto, é um instrumento técnico jurídico de circulação de bens”. FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

Por este viés, o contrato, conceito jurídico, não se confunde com o conceito econômico de contrato:

Mas se, em tais casos, é o próprio sistema jurídico positivo a excluir que determinado tipo de transferência de riqueza – aquela operação econômica, digamos – possa realizar-se mediante contrato, outras hipóteses existem, em que operações econômicas que juridicamente poderiam constituir matéria de contrato, tendem a ser efectuadas de forma não contratual; isto é, tendem, por vários motivos, a recusar a veste legal oferecida pelo conceito de contrato, e assim, concretamente, a subtrair-se, em vária medida, à disciplina que lhe corresponde.¹⁷

Entende-se aqui o contrato como uma veste, invólucro ou roupagem jurídica de uma determinada troca (operação) econômica¹⁸, a qual pode ser típica ou atípica¹⁹. Por exemplo, o Código Civil Brasileiro, nos artigos 481 e seguintes, tipificou contratualmente a troca econômica considerada a mais básica em sua essência, a compra e venda. A operação econômica pela qual um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro é instrumentalizada (roupagem jurídica) pelo contrato de compra e venda tipificado no Código Civil Brasileiro²⁰.

O ordenamento jurídico atribui sobre uma determinada troca econômica (hipótese de incidência – compra e venda, por exemplo)

¹⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 18-19.

¹⁸ Antônio Junqueira de Azevedo análise com precisão as relações entre a esfera jurídica e a realidade que lhe é subjacente. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 17 e seguintes.

¹⁹ A classificação quanto a contratos típicos ou atípicos decorre da escolha que é feita pelo legislador. Os contratos típicos são aqueles expressamente reconhecidos e regrados por textos normativos. Já os contratos atípicos são contratos que surgiram do tráfico mercantil e das modalidades de negócios existentes no mercado e cujos interesses das partes serão legalmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos do artigo 425 do Código Civil: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

²⁰ Artigo 481 do Código Civil: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. Cabe a advertência de que não apenas os contratos típicos que instrumentalizam uma troca econômica.

determinados efeitos e consequências²¹, o que nos remete ao conceito de negócio jurídico.

Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo:

Negócio jurídico é todo o fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como querido, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide²².

Com efeito, precisa a definição do conceito jurídico de contrato trazida por Orlando Gomes, na qual contrato é o “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam” e “cujo efeito pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”²³.

Assim, o contrato é a formalização jurídica de uma operação com conteúdo patrimonial, isto é, um instrumento técnico-jurídico²⁴ em vista e em

²¹ O ordenamento jurídico vai reconhecer aqueles contratos que são realizados com maior frequência no âmbito da sociedade. Nesse sentido, em obra específica sobre a atipicidade dos contratos, Pedro Pais de Vasconcelos destaca que “Os catálogos de modelos de contratos que o direito privado coloca à disposição das pessoas para que os utilizem nas suas relações recíprocas não são, as mais das vezes, inventados pelo legislador *ex novo* e correspondem à recolha que é feita na lei daquilo que é característico dos contratos que com maior frequência se celebram na prática. A maior parte, senão quase a totalidade, dos tipos contratuais legais nasceram da prática na contratação. [...] A generalidade dos tipos contratuais legais tem origem extralegal, em práticas contratuais típicas, socialmente típicas, que o legislador recolheu e modelou na lei”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 22.

²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16. Para Emílio Betti, negócio jurídico é “o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com os outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo”. BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: LZN Editora, 2003. Tomo 1, p. 79.

²³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. No mesmo sentido, é o entendimento de Luiz Díez-Picazo: “Desde esta perspectiva, que es la que aquí que suscita nuestro interés, el contrato es el negocio jurídico bilateral. Es, por consiguiente, contrato todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988. v.1. p. 79.

²⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

função de uma troca econômica²⁵, observando-se as normas legais de um determinado sistema jurídico para o seu enquadramento – que é o direito contratual.

2.3 Contrato e o Direito Contratual

Como referido, a troca econômica realizada voluntariamente (acordo) entre as partes se reveste de uma roupagem jurídica, a qual é o contrato – como instrumento técnico-jurídico que permite a circulação da titularidade de direitos. Contudo, esta breve equação troca econômica-contrato não se exaure, considerando-se que o vínculo estabelecido entre os agentes econômicos não pode ser compreendido em sua totalidade sem considerarmos a integralidade do processo obrigacional²⁶, isto é, uma estrutura de processos dinâmica que tem por finalidade satisfazer as partes envolvidas na relação jurídica permeada por um arquétipo racional e lógico próprio²⁷ – o direito contratual.

O arquétipo do direito dos contratos disciplinado em determinado sistema jurídico representa uma escolha por parte do legislador em relação a uma determinada concepção de matéria contratual, procurando tutelar as trocas econômicas realizadas de acordo com uma consagração de valores (ou ideologia, nas palavras de Enzo Roppo) de uma sociedade em determinado momento histórico.

²⁵ “[...] igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função de uma operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior [...]”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 9.

²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

²⁷ Em relação à racionalidade e lógica própria do direito contratual, Enzo Roppo destaca: “Esta formalização jurídica dá vida a um fenómeno que está indiscutivelmente dotado no plano lógico, de uma autonomia própria, porque as normas, as sentenças, as doutrinas que acabamos de referir, constituem mesmo uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscíveis, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e de categorias, possui uma linguagem própria”, ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11. FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.

Exemplificativamente, podem ser citadas as seguintes funções da disciplina jurídica dos contratos no contexto do Código Civil Brasileiro:

- fornecer critérios de interpretação dos contratos, conforme previsto no artigo 112;
- fornecer regramento supletivo em relação aos contratos tipificados. Vide, por exemplo, a regra de garantia de cinco anos prevista no artigo 618 para os contratos de empreitada;
- estabelecer hipóteses de invalidades do negócio jurídico, nos termos dos artigos 166 e 167.

As escolhas feitas por cada ordenamento jurídico estatal têm reflexo direto na atividade econômica, podendo-a impactar positiva ou negativamente. Assim, não basta a mera existência de um arcabouço jurídico por si só, é necessário que as escolhas feitas pelo legislador e a aplicação das regras jurídicas pelos Tribunais estejam atreladas ao mundo real²⁸, incentivando (facilitando²⁹) a circulação da titularidade de direitos e, por consequência, beneficiando a atividade econômica e gerando benefícios para a sociedade.

Vera Helena de Mello Franco destaca que a estrutura formal do direito contratual “tem um substrato econômico que constitui, justamente, o sistema particular sobre o qual vai se apoiar o contrato, tornando-o apto à satisfação de uma determinada necessidade”³⁰.

A partir dessa racionalidade, pode afirmar-se que todos os contratos se submetem a um quadro normativo de uma estrutura formal lógica que

²⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A regulação do direito comercial no Brasil. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 20, p. 19, nov. 2016.

²⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 18.

³⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 41.

lhe é própria – que é o direito contratual. Todos os contratos estão imbuídos de normas que lhe são aplicáveis. Esse quadro normativo contratual é dividido em regras contratuais imperativas (*mandatory rules*) e regras contratuais supletivas (*default rules*)³¹, as quais exercem um papel importante na representação de um modelo abstrato regulatório sobre os contratos.

Nesse contexto, a referência expressa no artigo 421-A, incisos I e II, do Código Civil, o qual foi inserido pela Lei de Liberdade Econômica, representa uma clara escolha legislativa: a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada, sendo que a revisão contratual (intervenção) somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

3. Os Contratos Empresariais

Pontuadas algumas questões terminológicas referentes ao contrato e as suas acepções, passa-se agora a tecer algumas breves considerações sobre a categoria de contratos escolhidas para o presente trabalho: os contratos empresariais.

A empresa e o mercado representam estruturas sociais desenvolvidas ao longo do tempo, tendo por objetivo facilitar a realização de trocas econômicas e, por consequência, aumentar a criação de riqueza, promovendo um aumento do bem-estar social³².

Nesse espaço em que as trocas econômicas são realizadas, há a incidência de regras positivas (quadro normativo) e normas institucionais que ordenam e organizam o funcionamento do mercado e dos agentes econômicos que nele exercem as suas atividades. As “regras do jogo” existem pelo fato de que os agentes participantes do mercado adotam comportamentos estratégicos e, por vezes oportunistas, com o objetivo de aumentar

³¹ Podemos definir as regras impositivas de direito contratual como aquelas que são impostas, de caráter geral e de observação obrigatória, a todas as partes inseridas no negócio jurídico. Por sua vez, as regras supletivas de direito contratual são aquelas normas que, caso não afastadas ou excluídas pelas partes inseridas no negócio jurídico,

³² SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 72.

as recompensas³³ envolvidas em cada transação em prejuízo da outra parte ou de concorrentes³⁴.

Contudo, a solução ao mercado não é capaz de afastar – ou apresenta níveis acima dos desejáveis pelos agentes econômicos – os problemas atinentes ao comportamento oportunista, ao risco, à incerteza e dos custos de transação³⁵ inerentes a toda e qualquer operação econômica, bem como não garante isoladamente todas as necessidades dos agentes econômicos.

No outro polo, em alternativa à solução ao mercado e aos seus mecanismos de incentivos, o agente econômico poderá optar por uma estrutura hierárquica³⁶ – a das empresas ou firmas.

Todavia, essa estrutura que é a empresa é incapaz de atender a seus objetivos e funções agindo isoladamente no mercado. No caso de uma fabricante de veículos, por exemplo, torna-se necessário adquirir insumos,

³³ Por vezes esse comportamento, por exemplo, ocorre na omissão de informação ou na redação incompleta do clausulado contratual intencionalmente por uma das partes e que, posteriormente, procurará explorar estas situações para obter ganhos *ex post* não estabelecidos na estrutura inicial da relação jurídica.

³⁴ COOTER, Robert. The cost of Coase. In: KATZ, Avery Wiener (org.). **Foundations of Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998. p. 165-167. Relevante trazer, em relação ao ponto, as palavras de Paulo Furquim de Azevedo: “Ainda que seja um direito, seu fundamento é econômico, seja na aplicação da norma, seja no próprio desenho da legislação. [...] Esta relação é feita pela Economia, cujo corpo de conhecimentos se notabiliza pela capacidade de discernir, a partir do conjunto de fatos observados, qual é o grau de concorrência, bem como de prever quais seriam as consequências [...]. Mas por que, afinal, concorrência é um direito? Ou, de outro modo, por que seria justo punir um grupo de empresas que, ao invés de se digladiarem no mercado, optam por cooperativamente estabelecer os preços de seus produtos? A cooperação entre empresas com o fim de não concorrer recebe denominação nada honrosa na defesa da concorrência: cartel, frequentemente considerando o mais grave dos ilícitos do antitruste. A concorrência impõe limites à capacidade de cada empresa unilateralmente aumentar os seus preços. Não concorrer, portanto, é um meio de eliminar essa restrição e permitir pelo exercício de poder de mercado”. AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 267.

³⁵ O conceito de custos de transação será estudado de maneira aprofundada no Capítulo II do presente trabalho. Neste momento, custos de transação podem ser considerados todos os custos inerentes a toda e qualquer operação econômica.

³⁶ O conceito de hierarquia aqui utilizado indica um mecanismo de governo, um conjunto de pessoas, submetidas a determinada ordem, em níveis de poder coordenados. Há uma relação de hierarquia e cooperação entre os seus membros. PORTO, Manuel Lopes Carlos. **Economia: um texto introdutório**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 90. SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 69. Na concepção de Alberto Asquini, seria o perfil corporativo da empresa. ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-26. out./dez. 1996. COASE, Ronald. H. **The firm, the law and the market**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 37-39. GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 115.

matéria-prima, mão de obra, internet, *softwares*, bem como organizar a distribuição dos produtos, tanto do ponto vista logístico como de canais de vendas.

A redução dos custos de transação explica também a captura (internalização) ou não de uma determinada atividade pela empresa³⁷.

De uma perspectiva econômica, a realização atividade econômica poderia ser feita diretamente pelo agente econômico ou este poderia socorrer-se pontualmente ao mercado, a depender do custo-benefício de executar diretamente ou de realizar a contratação no mercado.

Os empresários agem, atuam e o fazem por meio de contratos³⁸. José Engrácia Antunes destaca que os contratos empresariais representam hoje o mais relevante instrumento jurídico da atividade empresarial³⁹. Assim, apresenta-se uma solução intermediária⁴⁰ entre a do mercado e a da empresa: a dos contratos, em especial, os contratos empresariais de longo prazo.

Nesse contexto, todo contrato empresarial deve ser entendido como uma roupagem jurídica dos possíveis modelos econômicos de estruturação de uma relação entre dois ou mais agentes econômicos (empresários), que operam racionalmente segundo seus objetivos e com base nas informações disponíveis no momento da contratação. Dessa forma, cada contrato celebrado entre empresários reflete o modelo econômico que se entendeu como correto à época da celebração, segundo as informações razoavelmente disponíveis para as partes.

³⁷ Trata-se da decisão de *make or buy* (“fazer ou compra”, em tradução livre), ou seja, a decisão do agente econômico de transferir (contratar) a responsabilidade da execução de determinadas atividades a terceiros. A decisão de *make or buy* é relevante por parte da empresa, em especial no que se refere à estratégia da organização, podendo representar consideráveis ganhos de competitividade. VENKATESAN, Ravi. Strategic sourcing: to make or not to make. *Harvard Business Review*, v. 70, n. 6, p. 98-107, 1992.

³⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

³⁹ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 20.

⁴⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 223.

4. O Contrato Como Mecanismo de Alocação de Riscos e a Lei de Liberdade Econômica

Como visto anteriormente, a atividade empresarial tem como uma de suas características principais o risco. Trata-se de elemento inerente a toda e qualquer operação econômica e que é inarredável do contexto fático, econômico e social⁴¹.

Sobre a estreita relação entre a atividade empresarial e o risco, Marcia Carla Ribeiro e Irineu Galeski Jr.⁴² assinalam o seguinte:

É da essência da atividade desenvolvida pelo empresário o fator risco. O risco econômico nasce da obrigação do empresário em relação aos investidores e aos trabalhadores, de remunerá-los de forma a retribuir pela atividade prestada quanto aos últimos, e a garantir novos investimentos, quanto aos primeiros. Há sempre o risco dos lucros obtidos não cobrirem as despesas. É este risco que é remunerado pelo lucro e que justifica o poder de direção do empresário como chefe de empresa que define a sua política econômica. O empresário é o detentor do poder econômico, o poder de dizer como e o que será produzido, e lhe atribui o controle da empresa. Como parte do exercício do poder de condução da empresa, o empresário lança mão de contratos, e estes poderão conduzir aos melhores resultados ou frustrá-los.

Em matéria legislativa, por exemplo, há diversos artigos que procuram, em certa medida, estabelecer a alocação e a assunção de riscos. É o caso dos artigos 429 e 620 do Código Civil.

Ainda que não seja objeto deste trabalho, a questão do risco ganhou amplo debate na esfera contratual em razão da pandemia do COVID-19⁴³.

⁴¹ Conforme Ulrich Beck: "In advanced modernity the social production of wealth is systematically accompanied by the social production of risks." BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**, trans. M. Ritter, London: Sage, 1992, p. 19.

⁴² RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 182.

⁴³ FAGANELLO, Tiago. **A natural incompletude dos contratos empresariais de longa duração**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao> Acesso em 27/04/2021.

O risco, portanto, é inevitável e permeia a atividade empresarial e a vida contratual. Com efeito, regular (alocar) *ex ante* ou *ex post* o risco torna-se um exercício prático entre as partes dentro da esfera negocial e da liberdade de contratar.

Considerando esse quadro, o contrato empresarial surge como um instrumento jurídico⁴⁴ de alocação dos riscos existentes, nos quais os agentes econômicos procuram no âmbito jurídico a melhor estruturação possível para colocar em prática (função) a racionalidade econômica (negócio).

Diante de todo esse contexto, o contrato entre as partes acaba servindo como um mecanismo (ou instrumento) de alocação voluntária e de redução de riscos entre os agentes econômicos. Isso não significa dizer que os riscos não ocorrerão. Pelo contrário. Em ocorrendo, uma das partes será responsável por suportar esse risco que foi assumindo (provavelmente mediante uma precificação) quando da realização da operação econômica e elaboração do clausulado contratual.

Como destaca Paula Forgioni, “se não se consegue evadir as possibilidades de perda, ao menos é possível alocá-las entre os agentes econômicos por força de lei ou pelo contrato”⁴⁵. Tal interpretação tem sido corretamente adotada pela jurisprudência:

“Naturalmente, oscilações econômicas são componentes indissociáveis de contratos empresariais (como é o caso) e, em razão disso, servem para precificar a contraprestação no momento da contratação. Suprimir essa álea contratual implicaria em excluir o risco do negócio, garantindo um contrato isento de ônus financeiro ao réu (...).”⁴⁶

⁴⁴ Ou de estruturas ou mecanismos de governança.

⁴⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. 5ª ed. p. 151.

⁴⁶ TJSP; Apelação Cível 1069361-20.2019.8.26.0100; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/04/2021; Data de Registro: 14/04/2021.

Ocorre que qualquer alteração por um órgão terceiro adjudicador (Poder Judiciário ou arbitragem) pode afetar a matriz de risco contratual estabelecida entre as partes e, por consequência, a equação econômico-financeira do contrato.

Alocar determinado risco para uma parte que não o assumiu ou partilhar os riscos que não deveriam ser partilhados altera naturalmente o arranjo contratual estabelecido pelas partes.

Indo além, este comportamento acaba por gerar um ambiente de incerteza entre os agentes econômicos e pode refletir no aumento dos custos de transação⁴⁷ nas relações contratuais. E, como bem se sabe, todas estas questões, ao final, são precificadas e repassadas ao consumidor.

E a intervenção constante esfera contratual pelo terceiro órgão adjudicador (Poder Judiciário ou Arbitragem), notadamente na alocação de riscos realizado pelas partes acabou por gerar severas críticas⁴⁸.

Diante de tais considerações, buscando mitigar algumas destas questões, recentemente a Lei de Liberdade Econômica trouxe mudanças significativas no âmbito dos contratos e da alocação de riscos entre as partes.

Em *primeiro* está a referência expressa de que nas relações privadas a prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, conforme regramento no novo parágrafo único do

⁴⁷ Os custos de transação são aqueles custos que de “alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representado por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”. SZTAJN, Rachel. Externalidade e Custos de Transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto. (Org). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 321. Luciano Timm conceitua os custos de transação como sendo os custos “necessários para a efetivação de transações comerciais. [...] Os custos de transação podem ser de três tipos: (i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; (iii) custos para garantir a execução do contrato”. TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 189.

⁴⁸ TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 97, n. 876, p. 11-43, out. 2008, p. 11. WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. n. 77. Maio/junho 2006. p. 129/148. São Paulo: Thompson & IOB, 2006, p. 133.

artigo 421 do Código Civil. O inciso III do artigo 421-A do Código Civil determina a revisão contratual será excepcional e limitada.

Em *segundo*, o inciso II do artigo 421-A do Código Civil estabelece que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada pelo terceiro julgador.

Segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa “o resultado dessa nova construção se revela potencialmente de forma extremamente benéfica para a realização de negócios entre empresários, fortalecendo-se o mercado pelo estabelecimento de um novo nível de segurança jurídica que se espera seja reconhecida pelas cortes superiores ao longo do tempo de uma nova experimentação.”⁴⁹

Portanto, a escolha do legislador representa uma valorização do princípio da liberdade contratual, procurando respeitar as escolhas contratuais realizadas pelas partes de acordo com as informações disponíveis para ambas.

5. Considerações Finais

Destaca-se que as alterações introduzidas no Código Civil pela Lei de Liberdade Econômica tornam a tarefa do terceiro adjudicar mais criteriosa para a interpretação e revisão dos contratos empresariais.

Além disso, cabe referir que tais alterações legislativas não têm como condão impedir a revisão contratual ou alteração na estrutura contratual estabelecida pelas partes. Entretanto, no caso de necessidade, ela deve ser pontual e procurar ao máximo não desestruturar a alocação de riscos efetuadas pelas partes.

⁴⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O velho e o novo princípio da intervenção mínima do Estado nos contratos empresariais. Novos parâmetros para a intervenção do juiz.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/302393/o-velho-e-o-novo-principio-da-intervencao-minima-do-estado-nos-contratos-empresariais-novos-parametros-para-a-intervencao-do-juiz> Acesso em 26/04/2021.

Não há dúvidas que estes novos dispositivos no Código Civil foram uma resposta legislativa à intervenção excessiva nas relações empresariais, quando os termos “justiça social” e “função social” eram utilizadas como um “cheque em branco” para desconsiderar o que havia sido pactuado entre as partes.

Cabe, agora, aguardar se os julgadores realizarão uma tarefa interpretativa criteriosa de acordo com tais critérios e, ao final, se estes artigos sobreviverão ao teste do tempo.

6. Bibliografia

ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-26. out./dez. 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**, trans. M. Ritter, London: Sage, 1992

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: LZN Editora, 2003. Tomo 1.

BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel. The economics of contracts and the renewal of economics. In: ROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel (org.). **The economics of contracts: theories and applications**. Cambridge: University Press, 2002.

COASE, Ronald. H. **The firm, the law and the market**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

COOTER, Robert. The cost of Coase. In: KATZ, Avery Wiener (org.). **Foundations of Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988. v.1.

FAGANELLO, Tiago. **A natural incompletude dos contratos empresariais de longa duração**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao> Acesso em 27/04/2021.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. 5ª ed.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. Tradução Christiane de Brito Andrei. 8. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. Contract Law. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. Oxford: Elsevier, 2007. Vol. I.

PORTO, Manuel Lopes Carlos. **Economia**: um texto introdutório. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo, Saraiva, 2010.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SUCHMAN, Mark C. Os contratos como artefatos sociais. In: AS

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

SZTAJN, Rachel. Externalidade e Custos de Transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto. (Org). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 97, n. 876

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 2002. LAMA, Bruno (org.). **Para que serve o direito contratual?** São Paulo: Direito GV, 2014.

VENKATESAN, Ravi. Strategic sourcing: to make or not to make. **Harvard Business Review**, v. 70, n. 6, p. 98-107, 1992

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A regulação do direito comercial no Brasil. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 20.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O velho e o novo princípio da intervenção mínima do Estado nos contratos empresariais. Novos parâmetros para a intervenção do juiz**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/302393/o-velho-e-o-novo-principio-da-intervencao-minima-do-estado-nos-contratos-empresariais--novos-parametros-para-a-intervencao-do-juiz> Acesso em 26/04/2021.

WALD, Arnaldo. O interesse social no direito privado. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. n. 77. Maio/junho 2006. p. 129/148. São Paulo: Thompson & IOB, 2006

WILLIAMSON, Oliver E. **The Firm as a nexus of treaties: An Introduction**. Co-editor (with Masahiko Aoiki and Bo Gustafsson). Sage Publications, London, 1989.

Consequências da Confidencialidade nas Arbitragem em Companhias Abertas

Viviane Muller Prado¹

Obrigada Professor Ricardo Lupion pelo convite e pela apresentação. Para mim é uma satisfação participar desse Congresso. Apesar da forma remota, estamos muito próximos em ideias. Eu agradeço ao Professor Oksandro pelo convite.

O assunto que vou abordar é arbitragem em companhias abertas. Atualmente, sobre este tópico, é inevitável mencionar o litígio da Petrobrás, pois está nas páginas dos jornais e teve inclusive um fato relevante essa semana. Mas há tantos outros conflitos e desafios relacionados com o tema da arbitragem no mercado de capitais que servem para testar o acerto ou não da escolha pela arbitragem feita nos anos 2.000 para a solução de controvérsias societárias em companhias listadas.

A minha ideia não é trabalhar todas as questões - e são muitas as questões na arbitragem envolvendo companhias abertas -, mas tão somente tratar de um ponto que imagino ser o primeiro passo necessário para o aperfeiçoamento desse instrumento de litigância: a confidencialidade e suas consequências.

A arbitragem é mandatória para aquelas companhias que listam suas ações em segmentos diferenciados de governança corporativa, especificamente, no Novo Mercado e Nível 2 da bolsa de valores - B3. A escolha pela

¹ Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2004) e graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). Atualmente é professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito SP). Professora do Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito SP).

arbitragem ocorreu no início dos anos 2.000, conjuntamente com o movimento de incremento na proteção dos investidores. Havia a percepção que o Poder Judiciário não seria apto a atender às necessidades de proteção do investimento no mercado acionário. À época, a ideia foi levar para a arbitragem os litígios de companhias listadas, direito societário, mercado de capitais, regras administrativas da CVM, Banco Central, Conselho Monetário. As controvérsias relacionadas a este corpo normativo não buscariam a resposta estatal, mas seriam submetidas à litigância privada.

Percebe-se que o uso da arbitragem nas companhias abertas ganhou relevância com o tempo. Atualmente são 315 companhias listadas no mercado de ação da B3, 151 estão no Novo Mercado e 19 no Nível 2, onde a arbitragem é mandatória. Outras companhias listadas no segmento tradicional e no Nível 1 também adotam a arbitragem como forma de solução de controvérsias. Pesquisa empírica mostra que inúmeras companhias optaram pela via arbitral para lidar com conflitos, além dos acordos de acionista que passaram a conter cláusula arbitral. Sem dúvida, trata-se de instrumento bastante relevante, senão o mais relevante, para a solução de controvérsias do mercado acionário.

À época, optou-se pela confidencialidade nas arbitragens em companhias abertas. Houve um amplo debate sobre as regras de governança corporativa e a arbitragem foi aceita dentro do discurso de aperfeiçoamento dos direitos dos investidores. A confidencialidade, no entanto, passou sem discussão. Atualmente, fica evidente a necessidade de repensar a escolha da ausência de transparência.

Vou passar primeiro pelo regime jurídico para depois tratar das consequências dessa escolha regulatória privada.

As companhias podem optar em listar as suas ações em segmentos diferenciados de governança corporativa. Se listarem no Novo Mercado ou Nível 2 da B3, ou mesmo o mercado de acesso, é mandatória a escolha pela

arbitragem. Os estatutos das companhias devem conter a cláusula arbitral para solução de conflitos. A escolha pela confidencialidade ficou expressa no regulamento da Câmara do Mercado - CAM, podendo, no entanto, ser afastada pelas partes.

De outro lado, há disciplina legal e regulamentação administrativa aplicável às companhias determinando ampla divulgação de informações relevantes para a decisão de investimento. Fala-se em adoção do princípio do *full disclosure*. Há o prospecto que é um documento de acesso do mercado com todas as informações sobre a oferta e o ofertante. Há o Formulário de Referência para as empresas se registrarem como companhias abertas, no qual devem estar atualizadas todas as suas informações. Há a obrigação de publicação de atos e fatos relevantes ao mercado, com informações que possam ter impacto na decisão de investimento. Há ainda as demonstrações financeiras.

Assim, sabe-se da existência de um regime informacional vigente e a confidencialidade das arbitragens não pode se sobrepor às obrigações de divulgação de informações.

Existem algumas regras específicas sobre o assunto. Por exemplo, uma carta circular da CVM determina que o Formulário de Referência deve mencionar as arbitragens com as seguintes informações: impacto econômico e montante relacionado, bem como se há alguma previsibilidade de perda ou ganho da ação. Para os fatos relevantes, é preciso divulgar a arbitragem se houver potencial impacto na decisão do investimento ou no preço dos valores mobiliários. Aqui há uma visão de contingenciamento.

Reforço que o principal ponto está na a confidencialidade não poder se sobrepor à obrigação de divulgação. Se isto é verdade, não haveria nenhum problema na determinação de não transparência das arbitragens envolvendo companhias aberta, especialmente as relacionadas a temas societários. Esse foi o entendimento da Comissão de Valores Mobiliários. A

CVM já foi chamada a se manifestar sobre a confidencialidade da CAM em algumas oportunidades. Não concluiu pela ilegalidade, justamente por entender que o regime informacional imposto pela regulação continua valendo e é capaz de informar, de forma suficiente, o mercado sobre as arbitragens relevantes. Mas qual a informação deve ser divulgada? Qual o momento da divulgação?

Há suspeitas que este quadro normativo não é eficaz. Sabe-se não é viável realizar pesquisas que revelem a realidade sobre as arbitragens envolvendo companhias abertas. É possível, no entanto, trazer informações e dados que nos façam refletir sobre a suficiência ou não do regime informacional para garantir que o mercado tenha conhecimento de informações relevantes.

Sobre este ponto, menciono o resultado do mestrado da Fernanda Mansur, dissertação que foi defendida no início de 2020. O estudo traz resultado de pesquisa empírica nos documentos das companhias abertas, isto é, nos Formulários de Referência, fatos relevantes e demonstrações financeiras. Essa pesquisa aponta dois achados relevantes. O primeiro é sobre a forma. As companhias divulgam suas arbitragens locais diferentes, de maneira diferente. Algumas publicam fatos relevantes, outras mencionam apenas no Formulário de Referência, outras nas notas explicativas das demonstrações financeiras. Assim, foi identificado que não há padronização na maneira de divulgar. O segundo achado é sobre o conteúdo. Algumas companhias informam desde o início da arbitragem quem são os árbitros, qual é o objeto do litígio e o valor envolvido; enquanto outras informam simplesmente um montante ou o valor e o tema que, muitas vezes, pouco diz sobre o litígio, não sendo nem mesmo possível saber se a companhia figura no polo ativo ou passivo da demanda. Esta rigorosa pesquisa documental demonstrou que o nosso sistema jurídico não molda comportamentos padronizados, na forma e no conteúdo.

Há também dúvidas sobre a efetividade do nosso sistema quando se olhar para a atuação da imprensa. Arbitragens passam a ser conhecidas a partir de notícias de jornal, pelas mídias especializadas, pelas entrevistas de algumas pessoas em matérias jornalísticas. A mídia aparece como via relevante de divulgação de informação. Aliás, muitas vezes, a companhia é provocada e publica fato relevante após a imprensa trazer nota sobre a existência da arbitragem.

Se isso é verdade, quais são as consequências da confidencialidade? Percebo a existência de consequências tanto na perspectiva privada quanto na dimensão pública.

Consigo identificar duas consequências privadas. A primeira delas relaciona-se com exercício de direitos. Não havendo conhecimento da existência da arbitragem, alguns direitos não poderão ser exercidos pelos acionistas. O exemplo mais evidente é a intervenção de terceiros. De acordo com o regulamento da CAM, a intervenção só pode existir antes da nomeação do Tribunal Arbitral. Muito bem, se a companhia decide dar informação sobre o processo arbitral, avaliando o potencial da contingência daquela demanda, após a formação do Tribunal Arbitral, simplesmente há impossibilidade de intervenção de terceiros.

Ou ainda, os conflitos societários são muito diversos. Podem envolver direitos da própria companhia, anulação de assembleias, invalidação de deliberações assembleares, exercício de direitos individuais patrimoniais como dividendos, obrigação de realizar oferta pública em outras possibilidades. Assim, algumas demandas evidentemente importam aos demais acionistas daquela companhia pela sua natureza e efeitos.

Outro ponto é a dificuldade da evolução do nosso sistema em desenvolver arbitragem coletiva. Sem informação pelas companhias ou mesmo a falta de interesse de divulgar informações além do valor e da perspectiva de ganho ou perda, torna-se quase impossível ter arbitragens coletivas no

nosso sistema. A consequência é a seletividade na proteção dos investidores. Investidores que sofreram pequena perda não irão encontrar na arbitragem a forma de solução de seus conflitos, simplesmente porque o instrumento é inviável. O custo da arbitragem é muito mais elevado que valor pleiteado.

Há uma decisão do Poder Judiciário, em ação na qual um pequeno investidor da Petrobras pleiteava cem mil reais de perda, com fundamento em questões da operação Lava-Jato. Decidiu-se pela incompetência do juízo em razão da existência de cláusula arbitral no estatuto da Petrobras. Para este investidor, em princípio e inexistindo instrumento coletivo de litigância, acaba a possibilidade de pleitear os seus direitos pois o procedimento arbitral é totalmente incompatível com o valor de seu pleito. Essa situação demonstra que a arbitragem tem um potencial seletivo de litigância e carrega, por isso, potencial inconstitucionalidade. Considerando, os movimentos recentes no nosso mercado, onde as pessoas físicas estão aumentando em número na bolsa de valores, é preciso pensar na proteção de investidores de varejo.

Há ainda uma dimensão pública na confidencialidade e suas consequências.

A percepção que a arbitragem é uma escolha contratual e interessa somente às partes leva à apropriação privada de informações com relevância pública. Se a arbitragem for mantida exclusivamente em sua dimensão privada, de interesse unicamente das partes litigantes e que só a elas interessa o resultado, há uma percepção que o interesse público submete-se ao interesse privado relacionado com esse tema.

Esta perspectiva privatista, de certa forma, está no entendimento da CVM, que reconhece que somente a informação sensível à formação de preço e à decisão de investimento deve ser divulgada, não reconhecendo a

dimensão pública. Há exclusivamente preocupação com o contingenciamento. Desta maneira, não há espaço para o reconhecimento que o sigilo da decisão traz a impossibilidade de se conhecer a efetividade do regime jurídico dos investidores e sua de proteção.

Retornando à razão da proposta de adoção da arbitragem: qual foi a justificativa de optar pela arbitragem? Diante de um judiciário moroso e não especializado, buscou-se afastar a insegurança jurídica e imprevisibilidade nas decisões dos litígios.

Mas quando não se conhece as decisões e não se sabe como o tema está sendo julgado em outros conflitos similares e nem mesmo se sabe quais são os conflitos existentes no nosso mercado, quais são os problemas do nosso sistema jurídico também surge situação de imprevisibilidade. Consequência disto é que não é possível avaliar a efetividade da proteção do investimento, acarretando ainda insegurança jurídica sobre possíveis decisões em controvérsias societárias e de mercado de capitais. Falta previsibilidade da decisão, uma vez que não se conhece como decisões foram tomadas em outros casos e qual a forma do raciocínio jurídico nos pontos que foram levados aos Tribunais Arbitrais.

Outro ponto relevante é que o sigilo tem como consequência a impossibilidade de diálogo entre as instituições privadas e públicas relacionadas ao *enforcement*. Na literatura sobre o tema, há menção relevante sobre o benefício da conexão entre litigância privada e atividade sancionadora do Estado. Por exemplo, em temas sobre conflito de interesses e definição do conteúdo dos deveres fiduciários dos administradores, sabe-se como a CVM decide, quais são os casos, quais são os caminhos que a jurisprudência administrativa percorre. Mas, é desconhecida se e como estes assuntos tão relevantes aparecem e são decididos Tribunais Arbitrais. Então, não é possível a avaliação, a comparação e o diálogo institucionais.

Por fim, muitas das reformas da nossa legislação societária se originaram em problemas identificados e nos debates que aparecem a partir de conflitos e dúvidas sobre o funcionamento do nosso sistema jurídico. A confidencialidade das decisões e do entendimento do *enforcement* privado nas arbitragens, não alimenta potenciais e futuras reformas do nosso ordenamento jurídico. Também não serve de parâmetro para redação de cláusulas estatutárias e de acordos de acionistas.

Essas são perdas do nosso sistema jurídico decorrente da escolha pela confidencialidade.

Olhando para o futuro e passados vinte anos da criação dos níveis diferenciados de governança corporativa pela bolsa e a opção pela via arbitral para lidar com os conflitos, é preciso avaliar a escolha. Um primeiro passo para esta avaliação é a confidencialidade e algumas questões devem ser enfrentadas.

Primeiro, como e o que modificar? Seria uma alteração nas regras administrativas editadas pela CVM? Seria uma modificação na lei? Ou bastaria reformas nos regulamentos da CAM? É preciso ter em mente que qualquer alteração nos regulamentos da CAM precisa da não oposição de 1/3 das companhias listadas. Por isso, parece improvável conseguir uma alteração do regulamento.

Outra possibilidade seria uma mudança no entendimento da CVM de simplesmente ter uma visão de contingenciamento. Neste momento, encontra-se em audiência pública proposta de regra que cria uma forma específica para divulgação de arbitragens e litígios envolvendo questões relevantes dos direitos dos investidores, com um conteúdo mínimo. Mas não devemos esquecer que além de nova regra é preciso prestar atenção na viabilidade do monitoramento no cumprimento da obrigação de divulgação.

Enfim, as discussões sobre o tema da arbitragem no mercado de capitais estão abertas, com opiniões e visões bastante dispares. Mas parece já haver consenso sobre a necessidade de avançar na relativização do sigilo para em seguida seguir adiante em outros pontos relevantes da arbitragem em companhias abertas, que não são poucos.

Eu fico por aqui, muito obrigada novamente, Professor Ricardo e Professor Oksandro, pela oportunidade de poder expor as minhas ideias e aprender com todos os demais palestrantes.

Seção II

Autores estrangeiros

Os desafios do direito da insolvência em Portugal ¹

Alexandre de Soveral Martins ²

1. Introdução

Conhecer bem o direito da insolvência pode ser a forma de evitar a catástrofe. Também por isso o direito da insolvência enfrenta hoje, em Portugal e não só, o grande desafio de ser um bom direito da recuperação e, em particular, da recuperação de empresas.

Vamos abordar aqui três grandes problemas muito atuais no âmbito do direito da insolvência português, mas que são comuns a outros ordenamentos jurídicos.

Olharemos, primeiro, para a necessidade de ter em conta o art. 11.^o da Diretiva UE 2019/1023, que trata da Reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores (*cross-class cram-down*) no âmbito de planos de reestruturação preventiva.

Iremos também tratar dos desafios que se vão colocar ao legislador e aos administradores de sociedades comerciais perante a necessidade de transpor o art. 19.^o da Diretiva mencionada. Este art. 19.^o ocupa-se dos deveres dos administradores quando há probabilidade de insolvência.

Em terceiro lugar, teremos em conta a suspensão do dever de apresentação à insolvência durante o período excecional que estamos a

¹ Este texto constitui um desenvolvimento das linhas que serviram de guião para a conferência que proferimos no I Congresso Internacional de Direito Comercial organizado pela Escola de Direito da PUCPR nos dias 9 a 13 de novembro de 2020. Não podemos deixar de reproduzir aqui as palavras finais da nossa intervenção: «Para terminar, lembramos José Saramago e a sua obra Jangada de Pedra. E isto porque Congressos Científicos desta elevadíssima qualidade são como uma espécie de jangada de salvação, que nos permite atravessar em segurança o Atlântico ao encontro deste País Irmão. E de pedra ficarão estes laços, não como sinal de imobilidade, mas sim de eternidade».

² Professor Associado - Univ Coimbra, IJ, FDUC ORCID ID 0000-0001-6480-3492

ultrapassar, pois trata-se de uma das poucas medidas que dizem respeito ao direito da insolvência e que foram, entretanto, adotadas pelo legislador português.

A concluir, faremos ainda algumas breves menções a outros problemas que teremos de enfrentar futuramente.

2. A reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores

No que diz respeito às empresas, Portugal conta com um regime de recuperação judicial pré-insolvencial (Processo Especial de Revitalização – PER) e com um regime de recuperação extrajudicial pré-insolvencial (Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – RERE). Além disso, e para ajudar a enfrentar as dificuldades das empresas durante a «situação excecional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS -CoV -2 e da doença COVID -19», a L 75/2020, de 27 de novembro, aprovou o regime do Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE).

Em nenhum desses enquadramentos legais se encontra previsto um regime de adoção do plano de recuperação por categorias de partes afetadas. Não quer dizer que a lei portuguesa ignore as diferenças entre os créditos no âmbito dos regimes de recuperação de empresas. Quanto ao PER, o art. 17.^o-F, 5, convoca a distinção entre créditos subordinados e não subordinados, o mesmo se podendo dizer quanto ao art. 27.^o, 3, da L 8/2018, que aprova o RERE. Por sua vez, o art. 9.^o, 4, b), i), da L 75/2020 remete para o art. 17.^o-F, 5.

Porém, a nova Diretiva (art. 9.^{o3}), exige que os Estados-Membros assegurem que as partes afetadas tenham o direito de votar a adoção de um

³ «Artigo 9.^o Adoção dos planos de reestruturação 1. Os Estados-Membros asseguram que, independentemente de quem solicitar a abertura do processo de reestruturação preventiva previsto no artigo 4.o, o devedor tenha o direito de apresentar planos de reestruturação para adoção pelas partes afetadas. [...] 4. Os Estados-Membros asseguram que as partes afetadas sejam tratadas em categorias distintas em função da existência de suficientes interesses

plano de reestruturação (n.º 2) e que «as partes afetadas sejam tratadas e categorias distintas» (n.º 4), o que tornará necessárias consideráveis alterações ao direito nacional⁴. Muito passará pela forma como as categorias serão formadas, certamente. Colocar um credor numa categoria ou noutra pode ter consequências quanto à possibilidade de aprovar o plano ou de conseguir a reestruturação forçada da dívida. Serão, assim, prováveis verdadeiras «battles over classification»⁵.

Acresce que o art. 11.º da Diretiva prevê, inclusivamente, que a falta de aprovação por todas as categorias possa ser ultrapassada, vinculando ao plano também as categorias discordantes⁶. Eventualmente, o plano

comuns, definidas com base em critérios verificáveis e nos termos do direito nacional. No mínimo, os credores de créditos garantidos e não garantidos são tratados em categorias distintas para efeitos da adoção de um plano de reestruturação. [...] 6. O plano de reestruturação é adotado pelas partes afetadas mediante obtenção de uma maioria do montante dos respetivos créditos ou interesses em cada uma das categorias. Os Estados-Membros podem, além disso, exigir a obtenção de uma maioria do número de partes afetadas em cada categoria. Os Estados-Membros estabelecem as maiorias exigidas para a adoção do plano de reestruturação. Tais maiorias não podem ser superiores a 75 % do montante dos créditos ou interesses em cada categoria ou, se for caso disso, do número de partes afetadas em cada categoria [...].»

⁴ Nos EUA, o regime dos procedimentos do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* depende em grande medida da classificação das *claims*. O próprio plano irá classificar as *claims*, de acordo com a Sec. 1122, devendo cada classe ser composta por *claims* «substancialmente semelhantes» ou «similares». No Brasil, o art. 41.º da Lei 11.101, de 9.2.2005, prevê a formação de classes de credores na composição da assembleia-geral de credores. Os termos da aprovação das propostas estão regulados, em geral, no art. 45.º.

⁵ David Epstein, *Bankruptcy and related law in a Nutshell*, Thomson, 2005, p. 435. A divisão em categorias pode ter vantagens. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo/Adriana V. Pugliesi, «Capítulo VI. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência: a assembleia geral de credores», in Modesto Carvalhosa (coord.), *Tratado de Direito Empresarial*, vo. V, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, 2.ª tiragem, p. 161, destacam a viabilização da «formação de grupamentos com representatividade similares» e, desse modo, o equilíbrio trazido às deliberações, acrescentando que se «potencializa a legitimação das deliberações» e se «assegura que os credores com interesses similares recebam tratamento igualitário».

⁶ «Artigo 11.º Reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores 1. Os Estados-Membros asseguram que um plano de reestruturação que não seja aprovado pelas partes afetadas [...] em cada categoria votante possa ser confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa sob proposta do devedor ou com o acordo do devedor, e tornar-se vinculativo para as categorias votantes discordantes, caso esse plano de reestruturação respeite, no mínimo, as seguintes condições: [...] b) Ter sido aprovado: i) por uma maioria das categorias votantes de partes afetadas, desde que pelo menos uma dessas categorias seja uma categoria de credores garantidos ou tenha precedência sobre a categoria de credores comuns não garantidos, ou, se não for o caso, ii) por, pelo menos, uma das categorias votantes de partes afetadas ou, se o direito nacional assim o prever, de partes prejudicadas, que não seja uma categoria de detentores de participações nem qualquer outra categoria que, após a avaliação do devedor como empresa em atividade, não recebesse qualquer pagamento nem conservasse qualquer interesse ou, se o direito nacional assim o prever, se possa razoavelmente presumir que não receberia qualquer pagamento nem conservaria qualquer interesse se fosse aplicada a ordem normal das prioridades de liquidação no termos do direito nacional; [...] [...] os Estados-Membros podem limitar a obrigação de obter o acordo do devedor aos casos em que os devedores sejam PME. [...] 2. [...] Os Estados-Membros podem manter ou introduzir disposições que derroguem o primeiro parágrafo, se [...]». Sobre o art. 11.º da Diretiva, com desenvolvimento, Alexandre de Soveral Martins, «Votação e aprovação do plano de reestruturação», in Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina,

pode ter sido aprovado por apenas uma das categorias. Têm de ser preenchidos certos requisitos, é certo, mas isto vai representar igualmente uma relevante novidade para o direito português.

3. O art. 19.º da Diretiva 2019/1023

O segundo tema de que lhes queria falar relaciona-se com o art. 19.º da Diretiva, que dispõe o seguinte sobre as «Obrigações dos administradores caso exista uma probabilidade de insolvência»:

«Os Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos:

- a) Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas;*
- b) A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e*
- c) A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa».*

Daqui não decorre, parece-nos, que os Estados-Membros tenham de estabelecer um dever de os administradores evitarem a declaração de insolvência⁷. O primeiro argumento que utilizamos é retirado da própria letra do preceito. O art. 19.º da Diretiva apenas estabelece que os Estados-Membros devem assegurar que, no caso de probabilidade de insolvência,

Coimbra, 2017, p. 249-267. Para o Brasil, com interesse, v. o art. 58.º da Lei 11.101, e, para uma análise crítica por considerar que a importação do regime de *cramdown* foi incompleta, Sheila Christina Neder Cerezetti, *A recuperação judicial de sociedade por ações*, Malheiros Editoras, São Paulo, 2012, p. 312 e ss.. Entretanto, o art. 58.º foi alterado pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Para uma análise desenvolvida do *cramdown method* do *Bankruptcy Code*, tendo especialmente em conta a necessidade de que o plano não discrimine «unfairly» e que seja «fair and equitable», em ambos os casos em relação a «each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan», Joan Feeney/Michael Williamson/Michael Stepan, *Bankruptcy Law Manual*, 5th ed., vol. 2, Thomson Reuters, 2019, p. 942 e ss..

⁷ Com leitura aparentemente diferente, Coutinho de Abreu, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», in Catarina Serra (coord.), *V Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 229-235, a p. 232 e ss., especialmente p. 234.

os administradores *tenham na devida conta* a necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência.

Ter na devida conta é isso mesmo: é mais do ignorar. Ter na devida conta significa ponderar devidamente, «ter em atenção a possibilidade de adotar essas medidas se essa possibilidade existir. A ponderação a realizar deve ter em conta as informações devidas, pois isso pode ser muito relevante para excluir a responsabilidade do administrador. A sua atuação deve ter presente que o art. 72.^o, 2, do CSC exclui a responsabilidade dos gerentes ou administradores de sociedades comerciais que provem ter atuado em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

A atuação em termos informados será especialmente importante considerando a necessidade de ponderar as medidas a tomar. A escolha entre a utilização do RERE, do PER, do PEVE ou a apresentação à insolvência vai depender dessa mesma informação. Mas o grau de exigência quanto à informação a recolher varia consoante o tempo disponível e dependerá de uma ponderação custo/benefício⁸. A pandemia em curso poderá, eventualmente, limitar o acesso à informação que deve ser obtida para a tomada de decisão⁹.

O segundo argumento é de ordem teleológica. Há casos em que o administrador, uma vez feita a ponderação, se convence de que não é possível evitar a insolvência. Ou, até, que está convencido de que a declaração de insolvência é a única forma de recuperar o devedor através de um plano de insolvência. O plano de insolvência pode ser um plano de recuperação.

⁸ Nesse sentido, Walter Bayer, «Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda», *NJW*, 2014, p. 2546-2550, a p. 2547 («Zeitfenster und Kosten/Nutzen-Relation»). Sobre a recolha de informações (nomeadamente pareceres) junto de terceiros, Alexandre de Soveral Martins, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, cit., p. 247 e s..

⁹ Sobre o processo de recolha de informação no âmbito do art. 72.^o, 2, do CSC, Alexandre de Soveral Martins, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 244 e ss., com mais indicações bibliográficas.

Com efeito, o devedor pode ter boas perspectivas de conseguir a aprovação de um plano de recuperação no processo de insolvência. Em concreto, os credores até podem preferir essa solução. Seria um absurdo impedir o administrador da sociedade de apresentar a sociedade à insolvência se a obtenção de um plano de insolvência pode ser a única forma de alcançar a recuperação. Se o administrador decide avançar com o pedido de declaração de insolvência, a sua decisão pode estar coberta pela *business judgment rule* do art. 72.º, 2, do CSC português.

O art. 19.º da Diretiva obriga também a perguntar se a lei portuguesa terá de ser alterada quanto aos deveres dos administradores no período pré-insolvencial. Há quem entenda que na situação de insolvência iminente ou, pelo menos, no caso de insolvência atual, os deveres dos administradores das sociedades comerciais passam a ser para com os credores e não para com a sociedade e os sócios.

Nos EUA discute-se se, na *vicinity of insolvency*, haverá ou não um *duty shifting*: uma mudança da direção dos deveres dos administradores e, em particular, do dever de cuidado. Uma das linhas jurisprudenciais começou com a decisão *Credit Lyonnais versus Pathe Communications*. Essa linha acabou por ser corrigida. O *Delaware Supreme Court*, na decisão que proferiu em 2007 no caso *NACEPF V. Gheewalla*, defendeu que os membros do *board of directors* não têm «fiduciary duties to particular creditors, regardless of a corporation's financial condition [...]. Rather, even in times of distress, a director's duty is to preserve and maximize the value of the corporation "for the benefit of all those having an interest in it"». the Court held that creditors may not bring fiduciary claims against directors absent actual insolvency. And, even in the case of actual insolvency, creditors cannot bring direct claims against board members; instead, as the “residual beneficiaries” of the corporation’s value, they can

seek to bring only derivative claims—on behalf of the corporation—to remedy harms to the corporation itself, such as self-dealing payments. Em 2009, o *District Court for the Southern District of New York*, no caso *RSL Communications versus Bildirici*, rejeitou a teoria da responsabilidade na zona de insolvência, e essa decisão foi confirmada pelo *Second Circuit* em 2011. No caso *Burtch v. Huston*, do *Bankruptcy Court* do Delaware, de 2011, o tribunal defendeu que na *zone of insolvency* os *directors must continue to discharge its fiduciary duties to the corporation and its shareholders, not its creditors*¹⁰.

Como é que a questão se resolverá em Portugal? Na nossa opinião, o art. 64.º, 1, do CSC tem suficiente flexibilidade para abranger os casos em que a sociedade tem saúde, mas também as situações de insolvência iminente e de insolvência atual. Aqueles deveres de cuidado e lealdade dizem respeito às relações entre gerentes ou administradores, de um lado, e a sociedade, do outro. É com esta que os gerentes ou administradores estabelecem uma relação que considero contratual e uma relação orgânica.

Quanto ao período anterior à situação de insolvência, um bom argumento para se dizer que não há *duty shifting* na insolvência iminente retira-se do art. 78.º, 1, do CSC, que trata da responsabilidade dos membros do órgão de administração para com os credores da sociedade. A situação ali prevista pode constituir um caso de insolvência se estiverem preenchidos certos pressupostos que não vou aqui aprofundar. Mas mesmo aí os administradores só respondem se não respeitarem disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos próprios credores e por causa dessa inobservância o património se torna insuficiente para satisfazer os credores. Não é responsabilidade por violação dos deveres dos

¹⁰ Há, ainda, a decisão no caso *Quadrant e*, para o Connecticut é citado caso *Master-Halco vs. Scillia, Dowling & Natarelli*, de 2010. São tratados por Stephen Radin, *The Business Judgment Rule*, 6th. Ed., Wolters Kluwer, New York, suplemento de 2019, vol. II, respetivamente a p. 2676, 2678 e 2681.

administradores em geral, não há *duty shifting*. Se não há em casos que podem ser de insolvência atual, por maioria de razão não há em caso de pré-insolvência.

De acordo com o art. 78.º, 1, do CSC, os «gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos». Ou seja: se o património da sociedade já não chega sequer para pagar aos credores, os gerentes ou administradores só respondem se atuaram com culpa, violaram disposições legais ou contratuais e só quando tais disposições se destinavam à proteção dos credores. É a violação de disposições legais ou contratuais *destinadas à proteção dos credores* que determina essa responsabilidade. Logo, no caso de insuficiência patrimonial não há *duty shifting*: são as disposições destinadas à proteção dos credores que são tidas em conta. A insuficiência do património social para satisfazer os créditos dos credores até pode constituir uma situação de insolvência atual¹¹. Mesmo nesses casos não há *duty shifting*, pelo que não faria sentido a existência dessa mudança quando não há sequer insolvência atual.

O art. 19.º da Diretiva também coloca a questão de saber o que é probabilidade de insolvência. Abrange qualquer situação económica difícil? Se lermos a Proposta de Diretiva, na explicação das disposições era revelado que a probabilidade de insolvência era a situação de insolvência iminente.

¹¹ O art. 78.º, 1, do CSC revela que mesmo quando o património social se tornou insuficiente para pagar aos credores os gerentes ou administradores não passaram a ter os seus deveres dirigidos aos credores. Em muitos casos o facto de o património não ser suficiente para a satisfação dos créditos equivale a situação de insolvência: é o que se passa quando se trata de sociedade comercial abrangida pelo art. 3.º, 2, do CIRE e o passivo é manifestamente superior ao ativo. Mesmo aí, os gerentes ou administradores só respondem pela inobservância das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos credores. Se os deveres dos gerentes e administradores tivessem passado a dirigir-se para os credores, responderiam por muito mais. Responderiam por muito mais do que apenas a violação de disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos próprios credores. Dever de apresentação e 64.º, 1, CSC.

Na versão em alemão, surgia «drohenden Insolvenz» e na versão em espanhol «inminencia de una insolvencia». O art. 2.º, 2, da Diretiva esclarece também que o conceito de probabilidade de insolvência deve ser entendido tal como definido no direito nacional. Será, assim, a insolvência iminente¹².

Atingida a situação de insolvência, o que o CIRE prevê é o dever de apresentação à insolvência se há impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas. Com a apresentação à insolvência, rapidamente deverá ser declarada a insolvência (assim se espera) e será, em regra, nomeado o administrador da insolvência, que passará a ter poderes de administração e disposição quanto aos bens da massa. Os deveres dos gerentes e administradores após a declaração da insolvência estão também previstos no CIRE. Nem mesmo após a declaração de insolvência se pode falar de um *duty shifting*. Haverá, isso sim, novos deveres.

De qualquer modo, se a matéria vier a ser regulada, há que decidir onde e como será regulada. Na UE vigora¹³ o Regulamento 2015/848 sobre as insolvências transfronteiriças. Este dispõe, no seu art. 7.º, 1, que em regra a lei aplicável ao processo de insolvência e aos seus efeitos é a do Estado-Membro em que é aberto o processo. Regular a matéria com normas de direito da insolvência ou com normas de direito das sociedades poderá fazer toda a diferença.

4. A suspensão do prazo de apresentação à insolvência

Estando uma sociedade comercial em situação de insolvência atual por impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas, o CIRE

¹² Considerando que a situação económica difícil também manifesta probabilidade de insolvência, Coutinho de Abreu, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», cit., a p. 230.

¹³ A Dinamarca não está vinculada pelo Regulamento 2015/848. Sobre o Regulamento, v., desenvolvimento, Alexandre de Soveral Martins, «O Regulamento (UE) 2015/848 relativo aos processos de insolvência», in Alexandre de Soveral Martins, *Estudos de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 47-102.

estabelece um dever de apresentação à insolvência da sociedade no prazo de 30 dias (art. 18.º, 1, do CIRE).

Com a situação de pandemia, foi prevista a suspensão do dever de apresentação à insolvência. Essa suspensão decorre hoje do art. 6.º-E, 7, a), da Lei 1-A/2020. Trata-se de um regime que cessará em data a definir, sendo necessário aguardar pela cessação do regime excecional e transitório.

A suspensão do prazo de apresentação à insolvência significa que um devedor impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas não tem de se apresentar à insolvência no prazo de 30 dias enquanto o referido regime se mantiver em vigor. Se demorar mais do que 30 dias a apresentar-se à insolvência, o devedor não fica sujeito às consequências que a lei prevê para o incumprimento do prazo¹⁴.

A suspensão do prazo de apresentação ocorre independentemente do que possa ter conduzido à situação de insolvência. Não interessa se a insolvência teve como causa o encerramento de estabelecimento, o cancelamento de encomendas ou outra razão relacionada com o COVID. Não interessa, inclusivamente, se o devedor já estava insolvente antes da situação excecional.

Note-se, porém, que apenas estamos perante uma suspensão do prazo. Se o prazo já estava a correr antes de se iniciar a suspensão, quando cessar a suspensão o tempo do prazo que já tinha decorrido não será apagado.

Por outro lado, se se verifica a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas durante o período em que vale a suspensão, isso continua a ser uma situação de insolvência atual. E, por isso, quando cessar o período da suspensão, o prazo começará a correr. A menos, naturalmente, que já tenha cessado a situação de insolvência.

¹⁴ Ou seja: não funciona a presunção de culpa grave do art. 186.º, 3, a), do CIRE, e correm menores riscos de serem considerados afetados pela qualificação da insolvência como culposa, se for o caso. Torna-se também mais fácil obter a exoneração do passivo restante tendo em conta o art. 238.º, 1, d). Pode igualmente ser mais difícil concluir que existe insolvência negligente.

A suspensão do prazo de apresentação não parece afastar a possibilidade de apresentação à insolvência. Seria, aliás, contraditório com o que se pretende que seja o processo de insolvência. Este não é mais do que uma forma de organizar a desgraça.

A suspensão do prazo de apresentação à insolvência não pode significar que o devedor fique impedido de obter a proteção do processo de insolvência e que fique afastada a possibilidade de obter a aprovação e homologação de um plano de recuperação ou a aprovação e homologação de um plano de pagamentos.

Em Portugal, os processos de insolvência não estão suspensos durante o período de vigência do regime excecional e transitório¹⁵.

O prazo de apresentação à insolvência é muito curto. Trinta dias, na maior parte dos casos, só serve para preparar o pedido de declaração de insolvência. Não servirá para encontrar alternativas. Com a suspensão do prazo, abre-se uma janela de oportunidade para discutir com os credores e sócios outras soluções diferentes da apresentação à insolvência.

Sublinhe-se que apenas fica suspenso o prazo previsto no art. 18.º, 1, do CIRE. Porém, ao abrigo de outras disposições os membros do órgão de administração do devedor poderão estar obrigados a apresentar o devedor à insolvência. Pense-se, por exemplo, no já referido art. 64.º, 1, do CSC. O dever de cuidado que recai sobre os membros do órgão de administração de uma sociedade comercial pode levar a concluir que dele decorre, em concreto, um dever de apresentação daquela sociedade comercial à insolvência. Nomeadamente, perante as perspetivas que se abram de alcançar um plano de recuperação.

¹⁵ Apenas estão suspensos os atos relacionados com a concretização de diligências de entrega judicial da casa de morada de família e os prazos de prescrição e caducidade relacionados com o processo de insolvência. Tratando-se de atos referentes a vendas e entregas judiciais de imóveis que sejam suscetíveis de causar prejuízo à subsistência do insolvente, os mesmos poderão ser suspensos em certos casos.

O facto de se suspender o prazo para apresentação à insolvência não afasta a possibilidade de um credor legitimado (ao abrigo do disposto no art. 20.º do CIRE) vir requerer a declaração de insolvência do devedor. Noutros países suspendeu-se essa possibilidade ou a mesma surge limitada. Iremos avançar para aí?

Poderia, por exemplo, ter sido afastada a possibilidade de um credor pedir a declaração de insolvência do devedor se essa insolvência apenas surgiu durante a situação excecional. Teríamos uma espécie de cristalização da situação do devedor à data do início da situação excecional. Ou poderia ter sido exigido que o credor demonstrasse que a situação de insolvência já existia antes do início da situação excecional para não haver suspensão.

5. Notas finais

Um grande desafio que temos pela frente é o da articulação entre o direito da insolvência e as medidas adotadas para enfrentar as dificuldades que cidadãos e empresas sentem perante a situação de pandemia. Nomeadamente, a articulação com o regime de moratórias.

Também se irá de discutir em que casos é possível a alteração de planos de recuperação. Ou, eventualmente, a suspensão da sua execução. O art. 2.º da Lei 75/2020 veio admitir que, durante a sua vigência, a empresa e o administrador judicial provisório requeiram ao juiz, no PER, uma nova prorrogação do prazo para conclusão das negociações para aprovação do plano de recuperação adaptado «ao contexto da pandemia da doença COVID-19, por uma só vez e por um mês», mas parece pouco.

As necessidades de financiamento das empresas vão levar a questionar quem deve ser considerado pessoa especialmente relacionada com o devedor. Essa qualificação pode ter consequências no plano da resolução em benefício da massa ou na qualificação como subordinados dos créditos

e, portanto, na vontade de financiar. As intervenções poderiam dizer respeito à situação das pessoas especialmente relacionadas ou ir além disso, tornando em geral menos arriscada a prestação de garantias durante o período excepcional.

Poderia também afastar-se a qualificação como subordinado dos créditos por suprimentos realizados durante o período excepcional. É algo que já foi feito noutros ordenamentos jurídicos (Itália, Alemanha, Espanha) e que é defendido Aurelio Gurrea-Martinez para os empréstimos de sócios¹⁶. Mas, por outro lado, também é preciso compreender que uma intervenção para proteger devedores tem geralmente consequências do lado dos credores¹⁷. Mexer em matérias destas é algo de melindroso. Um trabalho de ourives ou relojoeiro suíço.

A Lei 75/2020 veio conferir especial proteção aos sócios, acionistas ou outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa que, no âmbito do PER tramitado na vigência daquela lei ou do PEVE, financiem a atividade da empresa disponibilizando-lhe capital para a sua recuperação ou viabilização, consoante os casos, vão gozar de privilégio creditório mobiliário geral. Ainda assim, talvez se pudesse ter ido mais longe.

Em Oxford, os Professores Luca Enriques, Horst Eidenmüller e Kristin van Zwieten alertaram há algum tempo para o risco de os tribunais ficarem sobrecarregados com processos de reorganização, tudo somado aos problemas relacionados com as próprias instalações físicas¹⁸. Este é um problema que provavelmente viremos a sentir.

¹⁶ *Insolvency Law in Times of COVID-19*, WP 2/2020, Ibero-American Institute for Law and Finance, 2020, p. 13.

¹⁷ Em países com maior número de grandes e muito grandes empresas, há outra capacidade de encaixe de eventuais atrasos nos recebimentos. Contudo, Portugal é um país de nano, micro e pequenas empresas. Se estas deixam de conseguir cobrar, o efeito de bola de neve vai sentir-se muito rapidamente.

¹⁸ «COVID-19: A Global Moratorium for Corporate Bonds?», in AAVV, *The COVID-19 Pandemic and Business Law: A Series of Posts from the Oxford Business Law Blog*, 2020, p. 4.

De la valorisation des données publiques à l'automatisation des procédures collectives Signaux Faibles

*Caroline de Bonville*¹

Introduction.

Si certains domaines du droit font déjà depuis longtemps l'objet d'études portant sur les potentialités qu'offrent les techniques numériques de traitement de l'information à leur égard, il s'agit d'une question relativement récente en droit des entreprises en difficulté. Il paraît pertinent de dresser ici un rapide panorama du droit français des entreprises en difficulté. L'entreprise en difficulté peut bénéficier de l'aide de la Justice, de façon graduée selon les procédures. On différencie ainsi les solutions amiables (mandat ad'hoc et conciliation) des solutions judiciaires (procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire).

L'introduction du numérique dans le droit des entreprises en difficulté permet de gagner en efficacité notamment par le recours aux techniques dites d'intelligence artificielle. A ce titre, l'alinéa 1^{er} de l'article 3 de la directive UE n° 2019/1023 du 20 juin 2019 précise en son alinéa 1er que « les États membres veillent à ce que les débiteurs aient accès à un ou plusieurs outils d'alerte précoce clairs et transparents permettant de détecter les circonstances qui pourraient donner lieu à une probabilité d'insolvabilité et permettant de leur signaler la nécessité d'agir sans tarder».

¹ Doctorant à Université Paris I Panthéon Sorbonne.

Il semble que la France soit, en ce domaine, déjà particulièrement avancée par l'intermédiaire de l'application « Signaux Faibles » qui s'appuie sur la valorisation des données publiques. Historiquement, il est important de signaler que la DGFIP a également mis en œuvre un dispositif de signaux faibles dit d'alerte (actuellement en phase de déploiement) similaire, à la différence qu'il s'agit d'un déploiement purement interne, se basant sur ses seules données, sans avoir recours au modèle de la start-up d'Etat². « Signaux Faibles » est un outil prédictif améliorant le ciblage des entreprises en difficulté.

L'instauration des 22 Commissaires au Redressement Productif (CRP) en 2012 a permis de mieux coordonner l'action de l'État dans l'accompagnement des entreprises en difficulté sur les territoires (en particulier, **les PME** et ETI de moins de 400 salariés). Leur action permet d'assurer un accompagnement continu et vigilant des cas d'entreprises en difficulté ou en restructuration. Toutefois, le CRP est encore parfois sollicité à un stade avancé de difficulté, ce qui peut limiter le nombre de leviers à actionner pour accompagner l'entreprise et diminuer les chances de succès. C'est notamment à eux qu'est destiné l'outil « Signaux Faibles ».

§1. Présentation historique de « Signaux Faibles », un exemple de valorisation des données publiques au service des politiques publiques

L'idée de Signaux faibles est née lors du « Territoire Camp »³ de Mâcon en 2014 grâce à un agent statisticien de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) de Bourgogne-Franche-Comté. Il s'agit alors de

² Par un communiqué de presse en date du 30 janvier 2019 (n°582), la DGFIP explique qu'elle expérimente un nouvel outil, depuis plus d'un an, dans le but de détecter les difficultés des entreprises par l'utilisation du Big Data.

³ Il s'agit d'un atelier participatif d'une journée ouvert tant aux représentants administratifs et élus locaux qu'aux citoyens. Inspiré des hackathons, il promeut l'open data en ce qu'il vise à initier des projets réutilisant des données ouvertes. Ces derniers visent à fournir une solution numérique à des problèmes identifiés « sur le terrain ».

répertorier les données pertinentes afin de développer un algorithme prédictif en mesure d'identifier les « signaux faibles » envoyés par les entreprises fragilisées dans le but de permettre leur accompagnement au plus tôt.

Suite à cet évènement, et à l'initiative de la DIRECCTE, de l'URSSAF (et notamment de madame Stéphanie Schaer, CRP en région Bourgogne Franche Comté) Signaux faibles a bénéficié de plusieurs dispositifs innovants. Tout d'abord, un prototype a été accompagné par Etalab⁴. En 2016, le projet Signaux Faibles a été transformé en start-up d'État au sein de l'incubateur Beta.

Le projet disposait alors de 6 mois pour développer un « produit minimum viable » en appliquant la méthodologie agile⁵. Ces premiers développements jugés satisfaisant, une convention d'expérimentation a été signée à l'initiative de la commissaire au redressement productif et du directeur de l'URSSAF Bourgogne Franche Comté sous l'égide du préfet de région en septembre 2016. L'expérience se révélant concluante⁶, « Signaux Faibles » fut intégré en 2018 au programme Entrepreneurs d'Intérêt Général⁷, un dispositif permettant d'associer des experts du privé aux projets du public⁸.

⁴ Etalab fait partie de la Direction interministérielle du numérique de l'Etat (DINUM), dont les missions et l'organisation sont fixées par le décret du 30 Octobre 2019, et coordonne la conception et la mise en œuvre de la stratégie de l'État dans le domaine de la donnée. Etalab est dirigé par Mme Laure Lucchesi.

⁵ Par opposition à la méthodologie Cycle en V.

⁶ Pour l'année 2018 : 63 entreprises détectées, 48 entreprises contactées par les services de la DIRECCTE Bourgogne Franche Comté et 83% d'entre elles accompagnées.

⁷ Depuis 2016, chaque année est constituée une promotion d'entrepreneurs d'intérêt général. Ces derniers (data scientists, designers, développeurs) visent à apporter les compétences nécessaires à la réalisation de projets de transformation numérique du service public en intégrant pour une durée déterminée les administrations dont les projets ont été sélectionnés.

⁸ Il paraît intéressant de relever à cet égard que l'identification le plus en amont possible des difficultés des entreprises afin de mieux les accompagner constitue une orientation prioritaire du gouvernement, portée par Bruno Le Maire, ministre de l'Économie et des Finances, dans le cadre du plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE).

§2. Fonctionnement de l'outil « Signaux Faibles » : de la détection des difficultés à l'accompagnement des entreprises

En pratique, « Signaux Faibles » repose sur le traitement, par le biais d'algorithmes basés sur des méthodes de « machine learning », des données relatives aux entreprises dont disposent les différents services de l'État et organismes de sécurité sociale partenaires du projet. Ces données sont d'une grande diversité et très complémentaires.

Ces données financières, sur l'emploi et les cotisations sociales sont alors traitées par un algorithme issu d'une famille basée sur des arbres de décisions et fonctionne comme un faisceau d'indices permettant à l'algorithme de détecter, en s'appuyant sur l'expérience passée⁹, des signes précoces de fragilité. En pratique, toutes ces données cumulées fournissent une alerte sur la trésorerie. Ce faisceau d'indices permet à l'algorithme de dessiner le profil statistique des entreprises fragiles. L'algorithme détermine ainsi une probabilité de défaillance à 12 ou 18 mois. Cette prédiction est délivrée sous forme de seuils d'alerte correspondant à une cotation (à l'image de la cotation de la Banque de France, ainsi plus la cotation est élevée, plus le risque de défaillance sera avéré).

Les entreprises ainsi identifiées se voient alors proposer, par les commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés des entreprises (CRP), les chargés de mission des DIRECCTE ou les correspondants entreprises (notamment vers les TPE) de la Banque de France ainsi que les URSSAF les solutions les plus adaptées à leurs besoins (ex : outils du ministère du Travail en matière de développement des compétences,

⁹ La liste de toutes les entreprises qui ont été défaillantes au sens large du terme est donnée à l'algorithme. On entend ici le terme défaillance comme un redressement ou une liquidation judiciaire ou un défaut de paiement URSAFF depuis plus de trois mois consécutifs. Est également fourni à l'algorithme l'historique de ces données c'est-à-dire qu'il lui est appris à reconnaître tous ces événements et à en tirer les conséquences qui s'y attachent. Ainsi, sur la base du passé, l'algorithme produit des alertes pour le futur.

de formation professionnelle ou de prévention des licenciements économiques, les orienter vers des mesures préventives comme le mandat ad'hoc et la conciliation) pour consolider leur développement ou leur permettre de rebondir dans les meilleures conditions.

On constate donc que ces agents tels que les CRP ont un rôle central et contribuent à l'amélioration de l'outil. Par ailleurs, ces derniers permettent d'améliorer l'outil en confirmant ou en infirmant les prédictions de « Signaux Faibles » (Par exemple, constat que l'entreprise est déjà en liquidation judiciaire). Les CRP sont donc « le bras armé de l'outil »¹⁰, ce que semble confirmer la première Charte d'expérimentation de 2016 qui va également dans ce sens¹¹. Ces derniers accueillent très bien l'apparition de l'application. À ce titre, identifier le plus en amont possible les difficultés des entreprises afin de mieux les accompagner constitue une orientation prioritaire du gouvernement, portée par Bruno Le Maire, ministre de l'Économie et des Finances, dans le cadre du plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE).

§ 3. Généraliser un dispositif de politique publique: le déploiement de l'outil « Signaux Faibles » au niveau national

La convention de déploiement au niveau national a été signée le 3 avril 2019 et concerne les cinq partenaires précités. Le passage à l'échelle nationale a été rendu possible grâce aux résultats concluants obtenus par l'outil en Bourgogne Franche Comté.

Le déploiement au niveau national a été progressif et les quatre premières régions concernées ont été les Hauts de France, l'Occitanie, la Nouvelle Aquitaine ainsi que l'Auvergne Rhône Alpes. Actuellement, toutes les régions de France sont équipées de l'outil.

¹⁰ Propos recueillis par les auteurs du présent article auprès d'Emmanuel Lemaux, CRP de la région Centre Val de Loire

¹¹ Charte d'adhésion à l'expérimentation « Signaux Faibles »

§ 4. De « Signaux faibles » à « Signaux Forts » ? Et évolutions possibles de l'outil « Signaux Faibles »

Dans la continuité de ces développements un certain nombre d'évolutions peuvent être envisagées. En effet, le type d'algorithme utilisé par l'outil « Signaux Faibles » pourrait par exemple être réutilisé dans une démarche inverse afin de détecter les entreprises très bien portantes ou en crise de croissance¹². Ainsi, les entreprises pourraient avoir accès à une plateforme donnant des indices d'une crise de croissance présente ou à venir (toujours dans une optique de futur proche, c'est-à-dire de 12 à 18 mois). Ces indices sont, par exemple, un manque de trésorerie en raison notamment d'une augmentation du personnel interne, la nécessité de trouver des locaux plus spacieux, etc. Grâce à ces indices, les entreprises pourraient bénéficier d'une aide adaptée et ainsi éviter les difficultés liées aux crises de croissance. L'intégration d'un service d'auto-évaluation pourrait également être imaginée. Il conviendra également de développer l'interface et de créer un site web.

Le passage à l'échelle nationale ouvre la voie à de nouvelles possibilités telles que l'analyse poussée des liens capitalistiques afin d'introduire la notion de groupe de sociétés. En effet, lorsque les données se limitent à certaines régions en particulier ces liens demeurent le plus souvent « invisibles ».

§5. « Signaux Faible » et la Covid-19.

La Covid-19 a posé un réel problème de manière opérationnelle. L'outil n'est actuellement plus utilisé car le volet social pète de partout. Il est

¹² Parce que la croissance et le succès génèrent, à un moment donné, une complexité qui peut être fatale à l'entreprise. « Nous cherchons tous la croissance, le problème c'est que cette croissance et la taille grandissante de l'entreprise vont générer toute une série de dysfonctionnements », analyse Olivier Duha, coprésident du groupe Webhelp - <https://business.lesechos.fr/directions-generales/strategie/transformation/0211414592034-entreprises-votre-crise-de-croissance-n-est-pas-une-fatalite-301246.php>.

donc dur d'être dans l'anticipation. Les signaux sont « au rouge » partout alors à quoi bon être dans la détection précoce ?

Outre cela, les données financières posent problème car elles sont assez vétustes et manque, par conséquent, de fraîcheur. Quand bien même, le report des charges sociales et l'activité partielle sont des facteurs forts.

La crise sanitaire impacte et affecte de manière variable les filières. À titre d'exemple, le secteur industriel a su se renouveler (production de marques par exemple) alors que d'autres secteurs sont plus en difficulté (restauration).

L'outil n'a ici pas vocation à se réinventer à cause de la Covid-19. Les CRP réagissent donc au tac au tac (immédiatement), filière par filière. En considérant cela, il est fort probable que l'outil ait du mal à fonctionner en 2021.

L'outil « Signaux Faibles » doit donc digérer l'année 2020 car il est compliqué pour les CRP (principaux utilisateurs de l'outil) d'avoir le temps d'anticiper. Cela vaut pour tous les systèmes de détection précoce des difficultés (par exemple, celui des **finances publiques** qui a son propre système).

L'exercice d'anticipation est très difficile à l'heure actuelle, à l'ère de la Covid-19. Les CRP vont, tout de même, pouvoir bénéficier de renforts assez rapidement. Les DIRRECTE vont recruter afin de pouvoir aller voir les entreprises ciblées par l'outil « Signaux Faibles » (et discuter avec leurs dirigeants des solutions qui s'offrent à eux).

Il est déplorable que le calendrier ait ici été mauvais. Le déploiement national a eu lieu en 2019 et la phase d'expérimentation à l'échelle nationale (en 2020) a été grandement impactée par le virus.

Élodie Quézel, pilote du projet et de l'outil, a été mobilisée sur d'autres affaires (notamment sur les démarches simplifiées à disposition des entreprises et le plan de relance économique). Cette dernière continue tout

de même de travailler sur l'outil, tout comme Emmanuel Lemaux (CRP région Centre Val-de-Loire). **À titre d'illustration, ils se sont entretenus cet été sur comment rendre l'outil plus ergonomique afin d'inciter et de donner envie aux CRP de s'en servir. Ils désirent que l'outil soit plus intuitif et demandent un système de comparaison par décile ou quartile sur les délais de paiement par exemple. Emmanuel Lemaux confie « avoir des données brutes, c'est bien mais encore faut-il pouvoir les comprendre ».** La Banque de France dispose de ses données et est partenaire de l'outil. Nous voyons ici que l'outil « Signaux Faibles » peut être amélioré à plusieurs titres.

Le schéma de base des évolutions potentielles de l'outil était d'intégrer les conseils régionaux dans les travaux mais cette possibilité a été abandonnée (pour le moment) car Élodie Quézel travaille, à temps plein, sur le plan de relance français. Les évolutions évoquées précédemment sont donc en suspend.

Nous déplorons aussi le fait que les véritables difficultés ne soient pas encore arrivées. Les URSAFF et finances publiques mettent en place des échéanciers pour certains secteurs. Dès lors, c'est à la fin du premier semestre, début du deuxième de l'année de 2021 que les véritables difficultés seront mises en lumière. Notons ici qu'il est fort probable que le sujet des reports (de charges sociales par exemple) se transforme en exonération pour certains secteurs.

En parallèle de cela, il y a également du positif. L'outil « Signaux Faibles » a été appréhendé par les politiques et la presse régionale. Le 10 septembre dernier, à Orléans, le garde des sceaux a créé une mission « flash » sur comment anticiper les difficultés. Le cœur du sujet était ici de sensibiliser les juges des tribunaux de commerce à la détection précoce des difficultés. En effet, ces derniers doivent adopter une démarche pro active au niveau de la prévention.

§6. « Signaux Faibles » et la reprise des entreprises

À titre liminaire, rappelons que la détection précoce a pour but d'anticiper avant de rentrer « dans le dur ».

Les chefs d'entreprises sont souvent optimistes à l'image de joueurs de Poker qui pensent pouvoir se « refaire ». En conséquence, le sujet de la reprise en phase amiable n'est pas évident. La reprise est évoquée en procédures collectives (RJ/LJ) quand ces derniers sont dos au mur, n'ont plus le choix.

Le profil d'entreprise qui s'y prêtent le plus est celui de la start-up car cette dernière a souvent besoin d'être reprise pour croître (cela fait partie de la ADN). Outre ce cas particulier, le sujet de la reprise n'est pas simple.

Et j'ai donc fini mon intervention et j'espère qu'elle a plu à tout le monde et si évidemment les participants veulent plus de détails, ils peuvent m'ajouter sur LinkedIn. J'espère surtout avec vous Márcia, qu'on pourra faire un article très complet sur le système français et sa transposition au Brésil.

Merci à vous tous.

As fronteiras da empresa na tradição coaseana †

Fernando Araújo *

1. Custos de transacção

A ideia de “custos de transacção”, inteiramente original na evolução das ideias económicas, foi elaborada por Ronald Coase em 1937¹, numa tentativa para elucidar um aparente paradoxo no modo de produção – o facto de, no todo de uma nação, os recursos serem eficientemente distribuídos pelo livre jogo do mercado sem qualquer estrutura centralizada, enquanto que ao nível das empresas predomina antes o modelo da direcção centralizada, sem contratualização permanente do modo de funcionamento da estrutura empresarial e dos seus recursos.

Porque é que, então, nasce a organização empresarial em pleno seio de uma economia assente em especialização e trocas de mercado?

Porque é que a coordenação espontânea através dos preços não serve para a coordenação empresarial?²

Porquê a hierarquia, e não o mercado?³

A intuição básica é a de que, para aumentar a sua produção, uma empresa aberta a interacções com o mercado tem que aumentar a sua dimensão, e isso pode acarretar um agravamento progressivo de custos de

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do CIDP. Árbitro. Parecerista. Advogado.

¹ Coase, Ronald H. (1937), "The Nature of the Firm", *Economica*, 4/15, 386-405.

² Coase, Ronald H. (1937), "The Nature of the Firm", *Economica*, 4/15, 389.

³ Para uma análise ampla da “economia da empresa”, cfr. Jensen, Michael C. (2000), *A Theory of the Firm: Governance, Residual Claims, and Organizational Forms*, Cambridge MA, Harvard University Press.

transacção (começando pelos custos de descoberta dos preços relevantes no mercado⁴).

Há, por isso, um ponto em que o aumento de dimensão pode ser impedido pelo agravamento de custos de transacção, a menos que a empresa encontre formas minimizadoras desses custos, por exemplo o estabelecimento de relações de hierarquia e de subordinação dentro de relações contratuais permanentes, substituindo os elevados custos de transacção, implicados no constante “regresso ao mercado”, por mais baixos custos de transacção, relativos à administração interna da empresa⁵.

Nesta explicação “canónica” de Coase, de que uma organização formal e verticalmente integrada pode ser mais eficiente (menos custosa) do que o mercado, quando a deficiência informativa faz elevar os custos de transacção das trocas⁶, o ponto focal desloca-se para a inevitabilidade de contratos incompletos, que tornam necessária, nas relações contratuais duradouras, a existência de uma instância directora, capaz de preencher as lacunas, as ambiguidades, as imprevisões, e todas as “clareiras” do contrato, com ordens específicas que vão colmatando quotidianamente – assentes numa legitimidade de apropriação e hierarquia, em critérios de legitimidade residual conferida pela titularidade⁷ – aquilo que o contrato

⁴ Coase, Ronald H. (1937), "The Nature of the Firm", *Economica*, 4/15, 391.

⁵ Por exemplo, o preço relevante pode agora ser internamente fornecido pela contabilidade interna da empresa, de modo uniforme e sem necessidade de busca. Cfr. Williamson, Oliver E. (2002), "The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract", *Journal of Economic Perspectives*, 16/3, 179-180.

⁶ Grossman, Sanford J. & Oliver Hart (1986), "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", *Journal of Political Economy*, 94/4, 691-719; Hart, Oliver D. & John Moore (1990), "Property Rights and the Nature of the Firm", *Journal of Political Economy*, 98/6, 1119-1158; Holmstrom, Bengt & John Roberts (1998), "The Boundaries of the Firm Revisited", *Journal of Economic Perspectives*, 12/4, 73-94; Williamson, Oliver E. (1975), *Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, New York, Free Press; Williamson, Oliver E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press.

⁷ De Meza, David & Ben Lockwood (1998), "Does Asset Ownership Always Motivate Managers? Outside Options and the Property Rights Theory of the Firm", *Quarterly Journal of Economics*, 113/2, 361-386; Hart, Oliver D. (1995), *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford, Clarendon; Holmstrom, Bengt & Jean Tirole (1991), "Transfer Pricing and Organizational Form", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7/2, 201-228; Holmstrom, Bengt & Paul Milgrom (1991), "Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7, 24-51; Holmstrom, Bengt & Paul Milgrom (1994), "The Firm as an

não poderia colmar previamente, senão a custos demasiadamente elevados⁸.

Em contrapartida, a incompletude dos contratos pode induzir padrões de reciprocidade e confiança entre agentes económicos⁹, atentas as “perdas de renda” que advirão, para as partes, do facto de não desempenharem o seu papel na divisão de tarefas, quando haveria uma “soma positiva” a decorrer desse desempenho – razão pela qual a estruturação empresarial tantas vezes gera sentimentos de “pertença” e de “lealdade”¹⁰.

Os custos de transacção envolvidos nas relações contratuais entre empresários e fornecedores dos factores produtivos é que determinariam a existência da empresa e a respectiva estruturação económica¹¹ – uma

Incentive System", *American Economic Review*, 84/4, 972-991; Rajan, Raghuram G. & Luigi Zingales (1998), "Power in a Theory of the Firm", *Quarterly Journal of Economics*, 113/2, 387-432. Cfr. ainda: Alchian, Armen A. (1969), "Corporate Management and Property Rights", in Manne, Henry (org.), *Economic Policy and the Regulation of Corporate Securities*, Washington DC, American Enterprise Institute; Bhagat, Sanjay, Andrei Shleifer & Robert Vishny (1990), "Hostile Takeovers in the 1980s: The Return to Corporate Specialization", *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, 1-72; Coase, Ronald H. (1988), "The Nature of the Firm: Origin, Meaning, Influence", *Journal of Law, Economics and Organization*, 4/1, 19-32; Jensen, Michael C. (1986), "Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers", *American Economic Review*, 76/2, 323-329; Matsusaka, John (1993), "Takeover Motives During the Conglomerate Merger Wave", *RAND Journal of Economics*, 24, 357-379; Shleifer, Andrei & Robert W. Vishny (1989), "Management Entrenchment: The Case of Manager-Specific Investments", *Journal of Financial Economics*, 25, 123-140; Williamson, Oliver E. (1988), "Corporate Finance and Corporate Governance", *Journal of Finance*, 43, 567-592.

⁸ Uma ideia cada vez mais explorada é a dos “custos de influência”, aquilo que é preciso dispendir para assegurar unilateralmente o alinhamento de condutas. Cfr. Meyer, Margaret, Paul Milgrom & John Roberts (1992), "Organizational Prospects, Influence Costs and Ownership Changes", *Journal of Economics and Management Strategy*, 1/1, 9-35; Milgrom, Paul & John Roberts (1988), "An Economic Approach to Influence Activities in Organizations", *American Journal of Sociology*, 94, S154-S179; Milgrom, Paul & John Roberts (1990), "Bargaining Costs, Influence Costs and the Organization of Economic Activity", in Alt, J. & K. Shepsel (orgs.), *Perspectives on Positive Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 57-89; Shin, Hyun-Han & Rene M. Stulz (1998), "Are Internal Capital Markets Efficient?", *Quarterly Journal of Economics*, 113/2, 531-552.

⁹ Fehr, Ernst & Jean-Robert Tyran (1996), "Institutions and Reciprocal Fairness", *Nordic Journal of Political Economy*, 23/2, 133-144; Fehr, Ernst, Simon Gächter & Georg Kirchsteiger (1997), "Reciprocity as a Contract Enforcement Device: Experimental Evidence", *Econometrica*, 65/4, 833-860; Kollock, Peter (1994), "The Emergence of Exchange Structures: An Experimental Study of Uncertainty, Commitment, and Trust", *American Journal of Sociology*, 100/2, 313-345; Lane, Robert E. (1991), *The Market Experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 11ss..

¹⁰ Gintis, Herbert (1989), "The Power to Switch: On the Political Economy of Consumer Sovereignty", in Bowles, Samuel, Richard Edwards & William G. Shepherd (orgs.), *Unconventional Wisdom: Essays on Economics in Honor of John Kenneth Galbraith*, Boston, Houghton Mifflin.

¹¹ Embora se deva observar que o verdadeiro interesse da escola neoclássica recai muito mais nas alternativas organizativas aos mecanismos de mercado e dos preços, do que propriamente nas particulares vicissitudes da gestão das empresas reais, como se adverte em: Demsetz, Harold (1983), "The Structure of Ownership and the Theory of the Firm", *Journal of Law and Economics*, 26/2, 277; Rajan, Raghuram G. & Luigi Zingales (1998), "Power in a Theory of the Firm", *Quarterly Journal of Economics*, 113/2, 387-432.

intuição poderosa¹², que deu, por si mesma, origem ao ramo da “Economia dos custos de transacção” e, à sombra dela, a muitas outras evoluções teóricas, como os problemas da “agency theory” (da relação “comitente – comissário”), do “contrato incompleto”, da teoria dos direitos de apropriação aplicados à empresa¹³, e vários outros¹⁴, além de muitos estudos empíricos e aplicados sobre o fenómeno empresarial¹⁵, numa pujança ímpar¹⁶ que desmente a observação do próprio Ronald Coase, de que o seu artigo de 1937 seria muito citado mas pouco utilizado¹⁷.

¹² Depois explicitada e ampliada em: Williamson, Oliver E. (1975), *Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, New York, Free Press; Williamson, Oliver E. (1979), "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, 22/2, 233-262; Williamson, Oliver E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press; Klein, Benjamin, Robert G. Crawford & Armen A. Alchian (1978), "Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, 21/2, 297-326.

¹³ Salanié, Bernard (1997), *The Economics of Contracts*, Cambridge MA, MIT Press, 176; Whinston, Michael D. (2001), "Assessing the Property Rights and Transaction-Cost Theories of Firm Scope", *American Economic Review*, 91/2, 184-185. Cfr. Grossman, Sanford J. & Oliver Hart (1986), "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", *Journal of Political Economy*, 94/4, 691-719; Hart, Oliver D. & John Moore (1990), "Property Rights and the Nature of the Firm", *Journal of Political Economy*, 98/6, 1119-1158; Hart, Oliver D. (1995), *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford, Clarendon.

¹⁴ Williamson, Oliver E. (1967), "Hierarchical Control and Optimum Firm Size", *Journal of Political Economy*, 75, 123-138; Chisholm, Darlene C. (2002), "Empirical Contributions to the Theory of the Firm", *Global Business Economic Review*, 4/1, 119-130.

¹⁵ Williamson, Oliver E. (1971), "The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations", *American Economic Review*, 61/2, 112-123; Williamson, Oliver E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press; Klein, Benjamin, Robert G. Crawford & Armen A. Alchian (1978), "Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, 21/2, 297-326; Coase, Ronald H. (1988), "The Nature of the Firm: Origin, Meaning, Influence", *Journal of Law, Economics and Organization*, 4/1, 3-47; Masten, Scott E. (2002), "Modern Evidence on the Firm", *American Economic Review*, 92/2, 428; Monteverde, Kirk & David J. Teece (1982), "Supplier Switching Costs and Vertical Integration in the Automobile Industry", *Bell Journal of Economics*, 13/1, 206-213; Monteverde, Kirk & David J. Teece (1982b), "Appropriate Rents and Quasi-Vertical Integration", *Journal of Law and Economics*, 25/2, 321-328.

¹⁶ Shelanski, Howard A. & Peter G. Klein (1995), "Empirical Research in Transaction Cost Economics: A Review and Assessment", *Journal of Law, Economics and Organization*, 11/2, 335-361; Lyons, Bruce R. (1996), "Empirical Relevance of Efficient Contract Theory: Inter-Firm Contracts", *Oxford Review of Economic Policy*, 12/4, 27-52; Crocker, Keith & Scott Masten (1996), "Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-Cost Economics for Public Utility Regulation", *Journal of Regulatory Economics*, 9/1, 5-39; Rindfleisch, Aric & Jan Heide (1997), "Transaction Cost Analysis: Past, Present and Future Applications", *Journal of Marketing*, 61, 30-54; Masten, Scott E. & Stéphane Saussier (2000), "Econometrics of Contracts: An Assessment of Developments in the Empirical Literature on Contracting", *Revue d'Economie Industrielle*, 92, 215-236.

¹⁷ Coase, Ronald H. (1972), "Industrial Organization: A Proposal for Research", in Fuchs, V.R. (org.), *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, New York, National Bureau of Economic Research, 67. Cfr. Holmstrom, Bengt & Jean Tirole (1989), "The Theory of the Firm", in Schmalensee, R. & R. Willig (orgs.), *Handbook of Industrial Organization*, New York, North-Holland, 126; Peltzman, Sam (1991), "The Handbook of Industrial Organization: A Review Article", *Journal of Political Economy*, 99/1, 201-217.

2. As fronteiras do contrato e do mercado

Assim se estabeleceriam as “fronteiras da empresa”, a linha que separa aquilo que a empresa faz, por um lado, daquilo que ela, por outro lado, adquire no mercado, sejam as fronteiras *verticais* que respeitam às relações com fornecedores e clientes (que envolvem a maior ou menor intensidade da integração das cadeias de fornecimento e de distribuição), sejam as fronteiras *horizontais* que descrevem as relações da empresa com os seus concorrentes (e que conduzem dos extremos da fusão até ao “*outsourcing*”)¹⁸.

O problema central da “economia das organizações” passa a ser, assim, a da determinação da natureza económica da empresa, o problema da sua formação e delimitação – um problema da maior relevância prática, bastando levarmos em conta os meios (jurídicos, financeiros, até políticos) empregues na reordenação constante das “fronteiras” das empresas, através de fusões, de aquisições, etc., e na definição do “mapa empresarial” da economia.

Dada a natureza jurídica e convencional das empresas, interessa determinar, pois, quais são as suas “fronteiras”, o ponto até ao qual a peculiar forma de apropriação e afectação de recursos dentro de organizações empresariais, e a distribuição de poderes e incentivos, conduz os seus membros a desenvolverem actividades de produção de riqueza, e o ponto até ao qual isso é socialmente aceitável¹⁹.

¹⁸ O progresso da “Economia da informação” veio aditar novos fundamentos às fronteiras da empresa, nomeadamente a detenção de uma base informativa. Cfr. Heiman, Bruce & Jackson A. Nickerson (2002), “Towards Reconciling Transaction Cost Economics and the Knowledge-Based View of the Firm: The Context of Interfirm Collaborations”, *International Journal of Economics and Business*, 9/1, 97-116.

¹⁹ Grossman, Sanford J. & Oliver Hart (1986), “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, 94/4, 691-719; Holmstrom, Bengt & Paul Milgrom (1994), “The Firm as an Incentive System”, *American Economic Review*, 84/4, 972-991; Holmstrom, Bengt (1999), “The Firm as a Sub-Economy”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 15/1, 74-102; Baker, George P. & Thomas N. Hubbard (2003), “Make Versus Buy in Trucking: Asset Ownership, Job Design, and Information”, *American Economic Review*, 93/3, 551ss..

Com efeito, não há nada de “natural” que imponha o respeito por essas “fronteiras”; pelo que, na análise do fenómeno empresarial, há que decidir se se deve desconsiderá-las, discernindo dentro das próprias empresas o prolongamento das redes de interdependências que predominam no mercado²⁰, ou se pelo contrário se respeita essas fronteiras e se encara a forma de organização das empresas como algo de qualitativamente distinto em relação ao funcionamento próprio do mercado²¹.

O problema começa por ser o da própria eficiência produtiva, o da opção entre integração ou desintegração vertical dos factores produtivos, o da opção entre “fabrico próprio” e “outsourcing”, ou “franchising”²².

Com efeito, a integração das empresas, ligada que está a custos de transacção, está estreitamente dependente de factores tecnológicos, e foi assim já no século XIX, em que o progresso das comunicações começou a propiciar a formação de empresas com grande extensão geográfica²³, permitindo trazer para dentro das empresas formas de organização de informação dispersa, que, de certo modo, só o mercado competitivo conseguiu assegurar até então²⁴.

²⁰ DiMaggio, Paul & Hugh Louch (1998), "Socially Embedded Consumer Transactions: For What Kinds of Purchases Do People Most Often Use Networks?", *American Sociological Review*, 63/5, 619-637; Podolny, Joel M. (1994), "Market Uncertainty and the Social Character of Economic Exchange", *Administrative Science Quarterly*, 39/3, 458-483.

²¹ Williamson, Oliver E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press.

²² Andersen, Erin (1985), "The Salesperson as Outside Agent or Employee: A Transaction Cost Analysis", *Marketing Science*, 4, 234-254; Andersen, Erin & David Schmittlein (1984), "Integration of the Sales Force: An Empirical Examination", *Rand Journal of Economics*, 15, 385-395; Lafontaine, Francine & Margaret E. Slade (1997), "Retail Contracting: Theory and Practice", *Journal of Industrial Economics*, 45, 1-25; Maness, Robert (1996), "Incomplete Contracts and the Choice between Vertical Integration and Franchising", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 32, 101-115; Shepard, Andrea (1993), "Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics", *Rand Journal of Economics*, 24, 58-77; Slade, Margaret E. (1996), "Multitask Agency and Contract Choice: An Empirical Assessment", *International Economic Review*, 37, 465-486.

²³ Chandler, Alfred P. (1977), *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Cambridge MA, Belknap.

²⁴ Hayek, Friedrich A. von (1945), "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, 35/4, 519-530.

3. Problemas de agência

Como Oliver Williamson concluiu, a opção “*fazer ou comprar*”, que estava implícita na intuição de Coase, haveria de conduzir, mais tarde ou mais cedo, a uma tendência para a integração vertical dos processos produtivos, na estrita medida em que a informação assimétrica, a racionalidade limitada e o oportunismo haveriam de multiplicar os custos de transação, e, com estes, fragilizar o cumprimento de contratos incompletos²⁵, aquilo que ficaria designado como o problema de “*lock-in*”²⁶ – tendência para a integração vertical que seria depois empiricamente verificada²⁷, atribuída ainda por alguns à vontade de defesa da propriedade de recursos próprios de um processo específico (os “investimentos de confiança”)²⁸, e por outros a deficiências contratuais que aumentariam a incerteza, até níveis intoleráveis²⁹.

²⁵ Williamson, Oliver E. (1975), *Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, New York, Free Press; Williamson, Oliver E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press; Tadelis, Steven (2002), “Complexity, Flexibility, and the Make-or-Buy Decision”, *American Economic Review*, 92/2, 433. Para uma reflexão sobre a obra de Williamson e sobre a “*transaction cost economics*”, cfr. Carroll, Glenn R. & David J. Teece (orgs.) (1999), *Firms, Markets, and Hierarchies: The Transaction Cost Economics Perspective*, Oxford, Oxford University Press.

²⁶ A tendência de uma relação “integrada” para criar um valor que excede o das alternativas externas, “de mercado”, dos parceiros, gerando entre eles “quase-rendas” advindas da diminuição de custos de transação – mas “quase-rendas” cuja partilha incentiva o oportunismo entre os parceiros (dada a incompletude dos contratos que os ligam), em termos idênticos àqueles que vimos fragilizarem os cartéis, o que acaba por tornar eficiente o aprofundamento da integração vertical. Cfr. Klein, Benjamin, Robert G. Crawford & Armen A. Alchian (1978), “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, *Journal of Law and Economics*, 21/2, 297-326.

²⁷ Monteverde, Kirk & David J. Teece (1982), “Supplier Switching Costs and Vertical Integration in the Automobile Industry”, *Bell Journal of Economics*, 13/1, 206-213; Masten, Scott E. (1984), “The Organization of Production: Evidence from the Aerospace Industry”, *Journal of Law and Economics*, 27/2, 403-417; Joskow, Paul L. (1985), “Vertical Integration and Long-Term Contracts: The Case of Coal-Burning Electric Generating Plants”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1/1, 33-80; Mullainathan, Sendhil & David Scharfstein (2001), “Do Firm Boundaries Matter?”, *American Economic Review*, 91/2, 195.

²⁸ Klein, Benjamin, Robert G. Crawford & Armen A. Alchian (1978), “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, *Journal of Law and Economics*, 21/2, 297-326; Williamson, Oliver E. (1979), “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”, *Journal of Law and Economics*, 22/2, 233-261; Williamson, Oliver E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press.

²⁹ Grossman, Sanford J. & Oliver Hart (1986), “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, 94/4, 691-719; Holmstrom, Bengt & Paul Milgrom (1994), “The Firm as an Incentive System”, *American Economic Review*, 84/4, 972-991; Baker, George P. & Thomas N. Hubbard (2001), “Empirical Strategies in Contract Economics: Information and the Boundary of the Firm”, *American Economic Review*, 91/2, 189.

Por longo tempo, a “teoria da agência” (“agency theory”) concentrou-se, quase exclusivamente, no problema do equilíbrio entre incentivos e risco, e na ideia de que empresas “neutras ao risco” segurariam, por um “contrato implícito”, trabalhadores avessos ao risco, desligando as remunerações dos resultados da produção e expondo-se, dessa maneira, ao próprio risco moral dos trabalhadores³⁰.

Mas, paulatinamente, a ênfase começou a deslocar-se para a distorção de incentivos que permite remunerar o comissário quando manifestamente ele não prossegue os interesses do comitente³¹, criando margem, mais amplamente ainda, a oportunismos, sabotagem, não-cooperação, e a uma espiral de distorção e de risco propiciada pela assimetria informativa: o “problema de agência”, ou “custos de agência”³².

É, de resto, uma premissa teórica que subjaz já, bem explícita, na condenação *económica* da escravatura, numa das passagens mais conhecidas da *Riqueza das Nações*, de Adam Smith:

"A experiência de todas as épocas e nações demonstra, segundo creio, que o trabalho feito por escravos, embora pareça custar só o valor da sua manutenção, acaba por ser o mais caro de todos. Uma pessoa que não pode adquirir nada para sua propriedade não terá outro interesse senão o de comer o mais que puder e trabalhar o menos possível. Qualquer trabalho que passe para além daquilo que é necessário para a sua subsistência só lhe poderá ser arrancado pela violência e não por qualquer interesse próprio (...) Os escravos, contudo, raramente são inventivos e os melhoramentos mais importantes, quer no que diz respeito às máquinas, quer ao arranjo e distribuição do trabalho

³⁰ Gibbons, Robert (1998), "Incentives in Organizations", *Journal of Economic Perspectives*, 12/4, 115-132.

³¹ Kerr, Steven (1975), "On the Folly of Rewarding A, While Hoping for B", *Academy of Management Journal*, 18/4, 769.

³² Baker, George P. (2000), "The Use of Performance Measures in Incentive Contracting", *American Economic Review*, 90/2, 415; Holmstrom, Bengt & Paul Milgrom (1991), "Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7, 24-52; Baker, George P. (1992), "Incentive Contracts and Performance Measurement", *Journal of Political Economy*, 100/3, 598-614; Feltham, Gerald & Jim Xie (1994), "Performance Measure Congruity and Diversity in Multi-Task Principal/Agent Relations", *Accounting Review*, 69/3, 429-453.

*que o vem facilitar e diminuir, ficaram a dever-se a homens livres (...) Assim, nas manufacturas produzidas pelos escravos ter-se-á empregado, geralmente, mais trabalho para executar a mesma quantidade de trabalho do que naquelas efectuadas pelos homens livres*³³.

Como premissas básicas nestes domínios, temos não apenas a de que os indivíduos respondem a incentivos, mas também a de que os contratos reflectem, com um mínimo de eficiência e acabamento, os custos e benefícios do alinhamento de incentivos entre as partes contratantes, mais especificamente estabelecendo regimes remuneratórios, disciplinares e reivindicativos adequados³⁴.

Isso tem sido objecto de uma análise que se tem centrado precisamente na posição contratual dos administradores, já que é da parte deles que a tomada de riscos é *aparentemente* mais extensa, e a supervisão do seu desempenho mais difícil³⁵, sendo por isso mais fácil explicitar o balanço entre riscos e incentivos que se exprime em remunerações ligadas aos resultados económicos da empresa³⁶.

4. Incentivos e a ameaça de desintegração vertical

Se, além disso, se assumir como premissa a ideia de que há factores *endógenos* que estimulam os incentivos, mais claro se torna que haja a vontade, de ambas as partes na relação “comitente – comissário”, de constituição permanente de uma estrutura hierárquica “coaseana” que institucionalize as preferências incentivadoras, de uma estrutura

³³ Smith, Adam (1976), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (The Glasgow Edition: R.H. Campbell, A.S. Skinner & W.B. Todd, eds.), 2 vols., Oxford, Clarendon, 387-388, 684 (= Smith, Adam (1981-1983), *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações* (trad. p/ Teodora Cardoso & Luís Cristóvão de Aguiar), 2 vols., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, I, 665-666, II, 280).

³⁴ Holmstrom, Bengt (1979), "Moral Hazard and Observability", *Bell Journal of Economics*, 10/1, 74-91.

³⁵ MacDonald, Glenn & Leslie M. Marx (2001), "Adverse Specialization", *Journal of Political Economy*, 109/4, 864-899.

³⁶ Prendergast, Canice (2000), "What Trade-off of Risk and Incentives?", *American Economic Review*, 90/2, 421; Prendergast, Canice (1999), "The Provision of Incentives in Firms", *Journal of Economic Literature*, 36/1, 7-63.

hierárquica que balize essa “*relação de emprego*” de acordo com normas sociais que exorbitam de um padrão individualista maximizador, mas que, arreigadas em condutas de reconhecimento social e de reciprocidade informativa, não são menos eficientes na explicação da realidade empresarial³⁷.

Mais importante ainda, a perspectiva dos “custos de transacção” vi- nha permitir a alteração dos dados em que tinha assentado a justificação microeconómica para a intervenção do Estado nos mercados.

Até então, essa justificação tinha-se centrado na baixa probabilidade e difícil promoção das condições do equilíbrio geral concorrencial – as condições sintetizadas no modelo “Arrow-Debreu” –.

Mas o facto era que o mercado invadia praticamente todos os recantos da actividade económica, à medida que a eficiência comunicativa e informativa iam aumentando³⁸, tudo com aparente indiferença pelas perplexidades do “equilíbrio geral”, e com inesperada eficácia na promoção da afectação de recursos, do pleno emprego e do crescimento, uma eficácia a que não era alheia a substituição de elevadas “transacções administrativas” (a degeneração burocrática que conduz a “falhas de intervenção”) por “transacções relacionais” que faziam reemergir “redes de influências”, instituições espontâneas e mecanismos de mercado e extra-mercado que agilizavam as respostas adaptativas, reduzindo-lhes os custos – sendo ilustração clara disso a pujança “capitalista” que animou tão longamente a economia dos “tigres asiáticos”³⁹.

³⁷ Anderhub, Vital, Simon Gächter & Manfred Königstein (2002), “Efficient Contracting and Fair Play in a Simple Principal-Agent Experiment”, *Experimental Economics*, 5/1, 5-27; Bowles, Samuel, Herbert Gintis & Melissa Osborne (2001), “The Determinants of Earnings: A Behavioral Approach”, *Journal of Economic Literature*, 39/4, 1144.

³⁸ E o que não se dirá do impacto, nesses custos, do “e-commerce” e das transacções “B2B”? Cfr. Garicano, Luis & Steven N. Kaplan (2001), “The Effects of Business-to-Business E-Commerce on Transaction Costs”, *Journal of Industrial Economics*, 49/4, 463-485.

³⁹ Ito, Takatoshi & Anne O. Krueger (orgs.) (1992), *The Political Economy of Tax Reform*, Chicago, University of Chicago Press; Shipman, Alan (1999), *The Market Revolution and Its Limits: A Price for Everything*, London, Routledge.

Isso força o reconhecimento, em suma, de que a presença do Estado há-de ter um limiar mínimo de eficiência, que se reporta ao equilíbrio entre os custos de transacção que gera, e os que impõe com a sua presença, dado o volume total de transacções que espontaneamente ocorrem na actividade económica⁴⁰.

Tudo parecia, pois, permitir que se depositasse uma nova confiança nos mecanismos de mercado, na condição de se demonstrar a possibilidade de se lhes diminuir os “custos de transacção”, porque eram esses custos a principal fonte, seja da pseudo-doença das “falhas de mercado”, seja do pseudo-remédio das “falhas de intervenção”⁴¹.

Mas mais ainda, poderia até afigurar-se como possível que, removidos ou diminuídos os custos de transacção, novos mercados surgissem, emergissem formas de resolução espontânea daquilo que de outra forma se eternizaria num impasse ineficiente.

Hoje a ênfase da análise económica da empresa deslocou-se mais para a questão dos incentivos⁴² e menos para os problemas de coordenação (sem perder estes totalmente de vista, dada a subsistência das barreiras informativas⁴³).

A análise económica da empresa deslocou-se sobretudo para o problema de incentivos conexos com o “*hold-up problem*”, o problema do oportunismo, a possibilidade de cada parte ficar refém de investimentos

⁴⁰ Barzel, Yoram (2002), *A Theory of the State: Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 33.

⁴¹ A abordagem dos “custos de transacção” inutiliza em larga medida a noção de “falha de mercado”, como veremos já com o “Teorema de Coase”. Cfr. Zerbe Jr., Richard O. & Howard E. McCurdy (1999), “The Failure of Market Failure”, *Journal of Policy Analysis and Management*, 558-578, 558-578.

⁴² Baron, James (1988), “The Employment Relation as a Social Relation”, *Journal of the Japanese and International Economies*, 2, 492-525; Kreps, David M. (1997), “Intrinsic Motivation and Extrinsic Incentives”, *American Economic Review*, 87, 359-364; Rotemberg, Julio J. (1994), “Human Relations in the Workplace”, *Journal of Political Economy*, 102, 684-717; Staw, Barry (1977), “Motivation in Organizations: Towards Synthesis and Redirection”, in Staw, B. & G. Salancik (orgs.), *New Directions in Organizational Behavior*, Chicago, St. Clair Press.

⁴³ Arrow, Kenneth J. (1975), “Vertical Integration and Communication”, *Bell Journal of Economics*, 6, 173-182.

específicos da sua relação com a contraparte (investimentos que perderiam significativamente o seu valor fora dessa relação, numa desintegração e num “regresso ao mercado”⁴⁴).

É também essa situação de “potencial *hold-up*” que conduz a uma retracção do mercado – nenhum fornecedor querendo ficar refém de um investimento cujo resultado esteja à mercê de uma contraparte independente –, e torna preferível a integração vertical, na qual existe sempre a força suficiente para se ultrapassarem esses impasses⁴⁵: ponderados, em contrapartida, os custos e ineficiência associados à burocracia e à hierarquia⁴⁶.

Mas é o progresso tecnológico que é decisivo nesta matéria: a integração vertical das empresas, ditada pela necessidade de eficiência na poupança de “custos de transacção”, deixou de ser tão importante na medida em que “fazer” deixou de ser muito claramente mais barato do que “comprar”, dada a multiplicação e crescente sofisticação de meios, mormente nas comunicações (mais ainda nas telecomunicações e na Internet), que permitem uma mais fácil integração “externa” de processos produtivos não hierarquizados – ou seja, o “regresso ao mercado”⁴⁷.

⁴⁴ Grout, Paul (1984), "Investment and Wages in the Absence of Binding Contracts: A Nash Bargaining Approach", *Econometrica*, 52/2, 449-460; Klein, Benjamin, Robert G. Crawford & Armen A. Alchian (1978), "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, 21/2, 297-326.

⁴⁵ Aghion, Philippe & Jean Tirole (1997), "Formal and Real Authority in Organizations", *Journal of Political Economy*, 105/1, 1-27; Chandler, Alfred P. (1962), *Strategy and Structure*, Cambridge MA, MIT Press; Williamson, Oliver E. (1979), "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, 22/2, 233-271.

⁴⁶ Isso não impede, obviamente, a formação de “redes” com interdependências estáveis entre empresas independentes, numa simbiose cuja quebra acarretaria perdas elevadas para todos os participantes – como é visível no sector da informática, ou da biotecnologia. Cfr. Powell, Walter W. (1996), "Inter-Organizational Collaboration in the Biotechnology Industry", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 152/1, 197-215; Milgrom, Paul & John Roberts (1992), *Economics, Organization and Management*, Englewood Cliffs NJ, Prentice-Hall, 328s..

⁴⁷ Brynjolfsson, Erik & Lorin M. Hitt (2000), "Beyond Computation: Information Technology, Organizational Transformation and Business Performance", *Journal of Economic Perspectives*, 14/4, 23-48; Laitner, John & Dmitriy Stolyarov (2003), "Technological Change and the Stock Market", *American Economic Review*, 93/4, 1259-1260.

Os contratos de distribuição nos direitos português e brasileiro ¹

Fernando A. Ferreira Pinto ²
Oksandro Gonçalves ³

I – As dificuldades do direito dos contratos de distribuição

1. O «direito dos contratos de distribuição» enfrenta diversas dificuldades. Perfeitamente naturais, aliás, num ramo do direito ainda muito jovem. A primeira dessas dificuldades afirma-se logo no plano conceptual, ou seja, no da *delimitação do âmbito* dessa nova categoria negocial. Um segundo aspeto que é alvo de controvérsia ocorre no *plano normativo*: dado que, na generalidade das ordens jurídicas não existe um tratamento unitário e completo das espécies negociais que integram a categoria, coloca-se a questão de saber como construir o regime jurídico das que permaneçam atípicas.

Quer isto dizer, no fundo, que o direito dos contratos de distribuição não alcançou, ainda, a maturidade suficiente para viabilizar a comparabilidade expedita entre diferentes ordens jurídicas. Daí que, num estudo

¹ O presente estudo tem origem na participação dos seus autores no I Congresso Internacional de Direito Comercial promovido pela Escola de Direito da PUCPR nos dias 9 a 13 de novembro de 2020. Não podemos, por isso, deixar de dedicar umas palavras de muito apreço ao Professor Doutor Fernando Araújo, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por ter proporcionado esta colaboração entre juristas dos dois lados do Atlântico, que partilham o interesse e o gosto pelo direito da distribuição.

² Doutor em Direito; Professor Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, onde se doutorou em 2012. Foi Diretor da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de setembro de 2013 a outubro de 2014, exercendo atualmente as funções de Pró-Reitor da Universidade e de Coordenador do Mestrado em Direito e Gestão. Leciona disciplinas de Direito Privado, tendo publicado diversos estudos nas áreas do Direito Internacional Privado e do Direito Civil e Comercial. É sócio da Ferreira Pinto & Associados, Sociedade de Advogados, R.L.

³ Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito.

conjunto dos direitos português e brasileiro se torne inevitável começar, precisamente, pela delimitação da categoria negocial «contratos de distribuição» em cada uma dessas ordens jurídicas.

2. Na perspectiva da dogmática jurídica, a criação de uma nova família ou categoria de contratos só verdadeiramente se justifica quando as espécies negociais que a ela se pretendam reconduzir apresentem *características relativamente homogêneas* (divergindo apenas quanto à intensidade dos traços individualizadores que partilham), sendo essa a circunstância que consente um *processo unitário de qualificação* e a aplicação a todas elas de um *regime jurídico tendencialmente unitário*. De outro modo, poderá, quando muito, tratar-se de um novo género ou conjunto de negócios funcionalizados à consecução de fins económicos ou sociais comuns. Isso não implica, no entanto, que, mesmo circunscrevendo a análise ao plano do direito europeu, não existam várias e diferentes tentativas de definir e circunscrever o fenómeno a que se convencionou chamar de contratos de distribuição «em sentido próprio» (4).

II – Concepção prevalecente no direito português sobre a delimitação do conceito de contratos de distribuição

3. No direito português tende a prevalecer a concepção que vem sendo defendida, desde há já várias décadas, pela ciência jurídica alemã. Para esta corrente, a designação «contratos de distribuição» abrange um conjunto de negócios que podemos reconduzir à *distribuição «externa integrada»* e que apresentam determinadas *características que os aproximam do contrato de agência*: todos eles são contratos *duradouros*, celebrados entre *operadores formalmente autónomos mas substancialmente «integrados»*, pelos quais um deles (o distribuidor) assume a

(4) Para aprofundamento, cfr. Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição – Da Tutela do Distribuidor Integrado em Face da Cessação do Vínculo*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 28 ss.

obrigação essencial de promover a comercialização dos produtos da contraparte (o fabricante ou fornecedor), aceitando uma série de *vinculações* («Bindungen») *que restringem a sua autonomia empresarial* e manifestam a sua *subordinação* (mais ou menos enérgica) *aos interesses do (e à política comercial definida pelo) fornecedor*. Todos eles pertencem, pois, à categoria dos *negócios de gestão de interesses alheios* (os «Geschäftsbesorgungsverträge», regulados nos §§ 675 ss. do BGB), na medida em que, por intermédio das referidas vinculações, o distribuidor assume também o *dever de zelar pelos interesses do fornecedor* («Interessenwahrungspflicht») (5).

4. A ideia, um tanto ou quanto circular, que subjaz a esta orientação doutrinal – muito influenciada pela circunstância de o Código Comercial alemão (o «HGB») ter sido o primeiro corpo legislativo a conferir um *status* normativo próprio ao contrato de agência (6) – consiste em confrontar as novas classes de distribuidores que foram surgindo (concessionários, franquizados, etc.) com aquela já existente (a do agente comercial autónomo), de modo a indagar se as *notas comuns* que exibiam eram ou não suficientes para que pudesse *ser-lhes aplicado, por analogia, o regime positivo do contrato de agência* (ou, pelo menos, alguns segmentos do mesmo) (7). Emergiu, desta forma, o conceito de distribuidor (*em sentido*

(5) Cfr. Martinek, M., in M. Martinek/F.-J. Semler/S. Habermeier/E. Flohr (dir.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 3.^a ed., München: Verlag C.H. Beck, 2010, p. 6.

(6) Cfr. Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 51 s.

(7) Ver, desde logo, Ulmer, Peter, *Der Vertragshändler – Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, München: Verlag C.H. Beck, 1969, pp. 4 ss. Adde, de entre muitos outros, Schmidt, Karsten, *Handelsrecht*, 5.^a ed., Köln: Carl Heymanns Verlag, 1999, pp. 709, 755 e 769 ss., Hopt, Klaus, *Handelsvertreterrecht – §§ 84-92c, 54, 55 HGB mit Materialien*, 6.^a ed., München: Verlag C.H. Beck, 2019, pp. 20 ss., Canaris, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 24.^a ed., München: Verlag C.H. Beck, 2006, pp. 280 s., 286 ss., 303 ss., Küstner/ Thume, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, vol. 3: *Vertriebsrecht – Reisende, Vertragshändler, Kommissionsagenten, Versicherungsmakler, Franchising, Direkt-, Struktur- und Internetvertrieb*, 3.^a ed., Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 189 ss., 383 s., e Emde, Raimond, *Vertriebsrecht – Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB – Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht*, 2.^a ed., 2011, pp. 218 ss.

estrito) que se deve a Carsten-Thomas Ebenroth ⁽⁸⁾ e que procura circunscrever a figura em torno da *obrigação duradoura de promoção da comercialização* dos produtos e serviços da contraparte (que constitui a «causa» comum de todas aquelas formas jurídicas e que se mostra, por isso, capaz de aglutinar a sua disciplina normativa), levada a cabo por unidades juridicamente autónomas, mas *contratualmente vinculadas/subordinadas ao fornecedor*.

Esta perspectiva – que acabaria por impor-se também noutros países da Europa continental ⁽⁹⁾ –, filia, portanto, na categoria dos contratos de distribuição, fundamentalmente, os *contratos de agência, de concessão e de franquia* (ao menos nalgumas das suas modalidades) e fórmulas mais difusas e compósitas (tais como a *revenda ou distribuição autorizada* e a *distribuição selectiva*), características de um sector dominado pela atipicidade.

5. Aquilo que autonomiza os *autênticos* contratos de distribuição dentro do *mare magnum* dos contratos que servem *fins de distribuição* é, pois, a apontada característica da «*integração*», que geralmente se assume

⁽⁸⁾ Cfr. Ebenroth, Carsten-Thomas, *Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht* (com a colab. de Siegfried Obermann), Konstanz: Universitätsverlag, 1980, pp. 22 ss.

⁽⁹⁾ Na realidade, é essa a orientação seguida por grande número de autores **espanhóis** (ver, por ex., Martínez Sanz, Fernando, *La Indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesión*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1998, pp. 28 ss., Quintáns Eiras, María Rocío, *Delimitación de la Agencia Mercantil en los Contratos de Colaboración*, Madrid: Edersa, 2000, pp. 101 ss., Idem, *Las Obligaciones Fundamentales del Agente*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 35 ss., Moralejo Menéndez, Ignacio, *El Contrato Mercantil de Concesión*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi/Thomson, 2007, pp. 54 ss.), **italianos** (cfr., v.g., Baldassari, A., «I Contratti di Distribuzione, Agenzia, Mediazione, Concessione di Vendita, Franchising», in F. Galgano (dir.), *I Contratti del Commercio, dell'Industria e del Mercato Finanziario*, Torino: UTET, t. 3, 1995, pp. 1999 ss., Frigani, A., *Il Contratto di Franchising*, Milano: Giuffrè Editore, 1999, pp. 24 ss., Delli Priscoli, L., *Franchising e Tutela dell'Affiliato*, Milano: Giuffrè Editore, 2000, pp. 64 ss., e Baldi/Venezia, *Il Contratto di Agenzia - La Concessione di Vendita - Il Franchising*, 8.ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2008, pp. 23 ss., 117) e **portugueses** (assim, Vieira, J. A. Coelho, *O Contrato de Concessão Comercial*, Lisboa: AAFDL, 1991, pp. 8 ss., esp. p. 13, Monteiro, A. Pinto, *Direito Comercial - Contratos de Distribuição Comercial - Relatório*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pp. 26 e 60, Correia, M. Pupo, *Direito Comercial - Direito da Empresa*, 9.ª ed. (com a colab. de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo), Lisboa: Ediforum, 2005, pp. 485 ss., Cordeiro, A. Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 4.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2016, pp. 772 ss., e Santos Júnior, E., *Especialização e Mobilidade - Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado - Uma Aplicação: os Contratos Internacionais de Engenharia Global*, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 43). É também esta a orientação que subjaz a alguns diplomas e projectos legislativos ou paralegislativos recentes, que procuram condensar a disciplina de todos os «contratos de distribuição» (cfr. Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 82 ss.).

ter vocação distintiva da categoria ⁽¹⁰⁾. Efectivamente, para a doutrina dominante, a integração constitui a *chave para a compreensão do moderno direito da distribuição* ⁽¹¹⁾ e, em particular, *traduz a «differentia specifica» que permite autonomizar os contratos de distribuição «stricto sensu», facultando, inclusive, a seriação das diversas figuras em que a categoria se desdobra, em função da maior ou menor intensidade da sua presença* ⁽¹²⁾.

Ora, a verdade é que o conceito de integração se encontra distante de possuir um sentido unívoco. Com efeito, a partir da ideia heurística e um tanto vaga de *coordenação* entre a indústria e o comércio, o termo acabou por adquirir *conotações diversas*, sendo muitas vezes utilizado como uma espécie de *chavão* que permite justificar a extensão do regime do contrato de agência aos restantes negócios de distribuição. Converteu-se, deste modo, num *conceito genérico* ou de *síntese* (um «Sammelbegriff» sem verdadeiro conteúdo ⁽¹³⁾), que se limita a evocar os *factores que aproximam o contrato de agência dos demais contratos de distribuição*.

6. Para apontar alguma clarificação ao conceito, mostra-se útil recorrer ao ensinamento de Peter Ulmer ⁽¹⁴⁾. De acordo com este autor, o termo possui, por um lado, uma dimensão *externa*, ligada à *imagem* com

⁽¹⁰⁾ Assim, Pardolesi, Roberto, *I Contratti di Distribuzione*, Napoli: Editore Jovene, 1979, p. 175, Giesler, J. P., in J. P. Giesler/ J. Nauschütt (dir.), *Franchiserecht*, 2.ª ed., Köln: Luchterhand/Wolters Kluwer, 2007, pp. 29 s., e, em especial, Hampe, Isabelle, «Der Begriff der vertikalen Integration als Schlüssel zum Verständnis der modernen Vertriebsrechts», *Zeitschrift für Vertriebsrecht*, 1/2013, pp. 21 ss.

⁽¹¹⁾ Veja-se o título do artigo de Isabelle Hampe cit. na nota anterior.

⁽¹²⁾ Relativamente comum é a arrumação que ordena sucessivamente, pelo grau crescente de integração, os contratos de distribuição autorizada, de distribuição selectiva, de concessão e de franquia. Cfr., por ex., Palau Ramírez, Felipe, in F. Martínez Sanz/M. Monteagudo/F. Palau Ramírez, *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, Madrid: Civitas, 2000, pp. 54 s., e Monteiro, A. Pinto, *Direito Comercial*, cit., pp. 113 ss. Vejam-se, igualmente, com ordenações um tanto diversas, Santini, Gerardo, *Il commercio - Saggio di economia del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1979, pp. 133 ss., Idem, *Commercio e servizi - Due saggi di economia del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1988, pp. 160 ss., Martínez Sanz, Fernando, *La Indemnización por Clientela*, cit., p. 30, Martinek, M., *Moderne Vertragstypen*, vol. II: *Franchising, Know-how-Verträge, Management- und Consultingverträge*, München: Verlag C.H. Beck, 1992, pp. 53 ss., Idem, in M. Martinek/F.-J. Semler/S. Habermeier/E. Flohr (dir.), *ob. cit.*, p. 90, Frigani, A., *Il Contratto di Franchising*, cit., pp. 24 ss., Idem, *Franchising - La Nuova Legge*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, pp. 51 s., e Hampe, I., *est. cit.*, pp. 23 ss.

⁽¹³⁾ Assim, Canaris, Claus-Wilhelm, *ob. cit.*, p. 287 (ver, também, p. 283), e, antes dele, Pardolesi, Roberto, *ob. cit.*, p. 175, nota 233 («*concetto riassuntivo*»)

⁽¹⁴⁾ Cfr. Ulmer, Peter, *ob. cit.*, pp. 191 s.

que a empresa de distribuição se apresenta no mercado, e, por outro lado, uma vertente voltada para a relação *interna* entre o fornecedor e o distribuidor, atinente ao *modo como eles se relacionam entre si*.

No primeiro sentido, a palavra transmite a simples ideia de *pertença a uma organização de vendas ou de inserção numa rede de distribuição*, pouco ou nada esclarecendo quanto ao *tipo de relacionamento* ou de *coordenação* existente entre as partes. A integração, nesse plano, manifesta-se aos olhos de terceiros através de factos que indiciam o estabelecimento de uma *relação privilegiada entre os contraentes*, mormente, a *utilização* que o distribuidor faz *de signos que o identificam com a organização de vendas do fornecedor*: desde a menção externa como «distribuidor» (ou equivalente: «agente», «concessionário», «franquiado») até à utilização de marcas ou denominações pertencentes ao fornecedor (eventualmente, de par com o emprego de sinais de comércio próprios).

Na sua *acepção interna* (seguramente a mais importante), o conceito traduz, fundamentalmente, a ideia de *subordinação operativa do distribuidor à política comercial definida pela contraparte*, e, correlativamente, de um certo *controlo exercido sobre a sua empresa e a respectiva actividade*. Deste ponto de vista, a integração implica que o distribuidor, *por contrato*, (i) assuma, directa ou indirectamente, um *dever de promoção* da comercialização dos produtos (ou serviços) que dele são objecto – ou seja, que o negócio concretamente celebrado lhe imponha a *obrigação de incentivar a venda ou a revenda* de tais produtos – e (ii) que se vincule a *orientar a actividade da sua empresa* de acordo com as *directrizes que*, a esse respeito, *lhe sejam transmitidas pelo fornecedor*. Daí que os contratos de

distribuição sejam *sempre*, em maior ou menor medida, *contratos de gestão de interesses alheios* ⁽¹⁵⁾, sujeitando-se o distribuidor, em função disso, a *restrições à sua autonomia empresarial e à fiscalização do cumprimento das instruções* que o fornecedor repute necessárias à satisfação dos seus interesses económicos.

7. É a este último sentido que a doutrina se reporta quando destaca a integração como *referente tipológico da qualificação* dos verdadeiros contratos de distribuição. Trata-se, mais rigorosamente, de um *elemento imprescindível do «tipo doutrinal»* correspondente.

Nesta linha de pensamento – a dominante no direito português, repita-se –, só podem ser qualificados como contratos de distribuição *em sentido estrito*, ou contratos de distribuição *integrada*, aqueles negócios que revelarem *um certo grau de integração entre as partes*, quer na perspectiva externa, quer, sobretudo, na óptica interna. Não se pode olvidar, com efeito, que a *integração convencional* (ou integração por contrato) procura, de algum modo, *mimetizar a verdadeira e própria integração* (a integração pela propriedade, directa ou corporativa), pelo que *só quando a subordinação* ⁽¹⁶⁾ *dos interesses do distribuidor ao fornecedor*, mediante a assunção de estritos deveres de carácter fiduciário, *atinja um patamar que se aproxime da verdadeira e própria integração*, se poderá falar de *contratos de distribuição integrada*.

Parece certo, portanto, que não basta que o distribuidor seja inserido na rede de comercialização dos produtos do fornecedor e que assuma meras vinculações relativas ao modo como deve apresentá-los para venda ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Para a relação entre a integração e o «Interessenwahrungspflicht», cfr. Ulmer, Peter, *ob. cit.*, p. 191. Veja-se, também, Monteiro, A. Pinto, «Os contratos de distribuição comercial: agência, concessão e franquia», in A. Pinto Monteiro (Coord.), *Temas de Direito dos Contratos*, vol. II, Rei dos Livros/Univ. Portucalense, 2016, p. 217.

⁽¹⁶⁾ No sentido de que a integração vertical (seja pela propriedade, seja pela assunção de vinculações contratuais) *implica sempre a subordinação, em lugar de uma cooperação igualitária*, cfr. Hampe, I., *est. cit.*, p. 23.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Pardolesi, Roberto, *ob. cit.*, pp. 22 s.

Tem de se verificar uma *especial ligação de interesses* entre as partes ⁽¹⁸⁾, que vá além da simples convergência do interesse do fabricante ou importador em fazer chegar os produtos ao consumidor e do distribuidor em prestar o serviço de intermediação. Por outro lado, o distribuidor terá de *assumir obrigações que superem as que, em regra, derivam de uma simples relação de compra e venda, de fornecimento ou, até, de distribuição autorizada*. Tudo isso contribuindo, em suma, para compor uma imagem global de *relativa «satelização» da empresa de distribuição*, transformando-a num «longa manus» do fornecedor.

8. Infere-se do exposto que, no mínimo, terá de existir um *empenho permanente* na oferta (para venda ou revenda) dos produtos (ou serviços) contratuais e a *ordenação da empresa de distribuição à realização desse fim*, competindo ao fornecedor definir, a cada momento, a *política comercial* a concretizar. O que implica:

- a) Uma *contínua e multifacetada actividade material* de prospecção do mercado, de angariação de clientes, de publicitação e difusão dos produtos e serviços da contraparte, tendo como objectivo último a *conquista e/ou o desenvolvimento do mercado* desses produtos e serviços ⁽¹⁹⁾.
- b) A assunção, por parte do distribuidor, de um *conjunto de deveres continuados de carácter gestório* – tais como o de fazer publicidade à marca e aos produtos que a ostentam, de prestar assistência pré- e pós-venda aos clientes que os demandem, de assegurar uma observação permanente do mercado de modo a poder transmitir ao fornecedor informações relevantes a respeito da colocação dos seus produtos, etc.⁽²⁰⁾.
- c) Simetricamente, a faculdade do fornecedor de *emitir instruções ou directrizes vinculativas* tendentes a concretizar os *objectivos comerciais* que pretende ver atingidos – incidindo, nomeadamente, sobre o posicionamento

⁽¹⁸⁾ Cfr. Canaris, Claus-Wilhelm, *ob. cit.*, pp. 282 ss.

⁽¹⁹⁾ Neste sentido, referindo-se à actividade de promoção do agente comercial, Monteiro, A. Pinto, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 8.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2017, p. 56.

⁽²⁰⁾ Relacionando tais deveres com a obrigação básica de promoção, cfr. Ulmer, Peter, *ob. cit.*, pp. 413 ss.

competitivo dos seus produtos, a política de qualidade que deverá ser observada e a composição qualitativa e quantitativa do acervo de bens oferecido para venda.

- d) Como consequência, a *sujeição do distribuidor a restrições (verticais) que limitam a sua autonomia de gestão*, tornando a respectiva actividade empresarial *parcialmente_heterodeterminada e heterocontrolada* ⁽²¹⁾, ou seja, integrada na do fornecedor ou fabricante.

9. Em contrapartida, o distribuidor ficará investido, por força da celebração do contrato, numa *situação de privilégio*, que lhe confere *uma importante vantagem competitiva* sobre os demais distribuidores (não integrados).

Na verdade, ao ser convencionalmente integrado na rede de distribuição do fabricante ou produtor, o *distribuidor beneficia de uma série de vantagens económicas* (nomeadamente: do reconhecimento público e da força atractiva das marcas dos produtos que distribui – partilhando, dessa forma, do *poder de mercado* do respectivo titular –; de condições especiais de preço de aquisição de tais produtos; do acesso a informações, conhecimentos e mecanismos de assistência disponibilizados pelo fabricante; da fruição da publicidade feita por este último e de privilégios territoriais que ele lhe conceda), as quais lhe permitem praticar margens de comercialização e atingir uma clientela potencial que não estão ao alcance de qualquer comerciante que se encontre excluído da cadeia de distribuição dos mesmos produtos. E essas vantagens determinam um *desagravamento do*

⁽²¹⁾ Para uma detida enunciação dos diversos planos em que podem incidir tais vinculações (apresentação dos produtos, aconselhamento e serviço ao cliente, compras mínimas, armazenagem e *stockagem*, exclusividade, etc.), cfr., por ex., Martinek, M., in M. Martinek/F.-J. Semler/S. Habermeier/E. Flohr (dir.), *ob. cit.*, pp. 83 ss. *Addé*, para um extenso elenco dos *índices da integração* destacados pela jurisprudência alemã, Emde, Raimond, *ob. cit.*, pp. 219 ss., e, para a enunciação de algumas dessas vinculações e do papel que desempenham, enquanto restrições verticais impostas à actividade dos distribuidores, Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 195 ss.

risco comercial, na medida em que, além de proporcionarem *possibilidades acrescidas de venda e de ganho*, tornam menos aleatórios os investimentos que o distribuidor realize.

III. Principais modalidades de contratos de distribuição

10. Como se observou, no direito português as principais modalidades de contratos de distribuição são a agência, a concessão comercial e a franquia. Cabe referir, muito sinteticamente, em que consiste cada uma dessas figuras negociais.

De acordo com o art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho (doravante abreviadamente denominado por «LCA»), a «agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes».

A definição transcrita – que, com uma ou outra *nuance*, se mostra válida para a generalidade das ordens jurídica europeias – faz avultar os elementos que compõem o código genético do tipo contratual em apreço e que permitem diferenciá-lo de outros esquemas negociais ⁽²²⁾. Desde logo, a *obrigação característica* que emerge do contrato e que constitui a verdadeira *causa* da sua celebração: o encargo de *promoção comercial* que recai sobre o agente, ao qual se liga, em termos correspectivos, o dever do principal de retribuir a sua actividade. Mas, além disso, o *modo típico de actuação do agente*: este é um sujeito de direito (um empresário) juridicamente *autónomo* do principal, com o qual estabelece um vínculo

⁽²²⁾ Para uma análise circunstanciada dos elementos (essenciais e acidentais) do contrato de agência, cfr., por todos, Monteiro, A. Pinto, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, pp. 56 ss.

duradouro de colaboração, que o adstringe a agir por conta e no interesse deste último (23).

11. O *contrato de concessão comercial* é, por sua vez, concebido como um *contrato-quadro* que dá origem a uma *relação jurídica duradoura e complexa*, nos termos da qual um *empresário independente* – o concedente – se *obriga a vender* a outro – o concessionário –, certos produtos ou categorias de produtos, vinculando-se este, por sua vez, a *adquirir e a revender* esses produtos, *em seu nome e por sua conta*, de acordo com as *directrizes formuladas pelo primeiro e sob a sua supervisão* (24).

As características *permanentes* do tipo negocial em apreço referem-se, portanto, à sua peculiar *configuração jurídica* – um contrato-quadro de que resulta uma vinculação estável no âmbito da qual são celebrados sucessivos contratos de fornecimento ou de compra e venda, cujo conteúdo se encontra, em boa medida, pré-programado –, às *obrigações* que dele emergem para as partes – a obrigação de venda ou de fornecimento, a cargo do concedente, as obrigações de compra e de revenda que impendem sobre o concessionário e, bem assim, os diversos deveres que manifestam e reflectem a «*integração*» entre os estipulantes – e ao *modo de actuação*

(23) Sobre a figura, cfr., mais desenvolvidamente e com referências bibliográficas, Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 49 ss.

(24) Cfr. desde logo, Monteiro, A. Pinto, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial* (separata da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*), Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 39 ss., Idem, *Direito Comercial*, cit., pp. 108 ss., e Idem, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, pp. 68 s. Adde, Brito, M. Helena, *O Contrato de Concessão Comercial – Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 54 ss., 173 ss., e 197 ss., Vieira, J. A. Coelho, *ob. cit.*, pp. 26 ss., Barata, C. Lacerda, *Sobre o Contrato de Agência*, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, pp. 111 s., Idem, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lisboa: Lex, 1994, p. 21, Vasconcelos, L. M. Pestana de, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 53, Martinez, Pedro R., *Contratos Comerciais – Apartamentos*, Cascais: Príncipia, 2001, pp. 9 s., d’Alte, Sofia Tomé, «O Contrato de Concessão Comercial», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, 2001, pp. 1395 ss., Ribeiro, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (Franchising) – Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 53 s., Leitão, Luís Menezes, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 80, nota 153, Cordeiro, A. Menezes, *Manual de Direito Comercial*, cit., pp. 794 ss., Antunes, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, pp. 446 ss., e Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 58 ss.

do concessionário – um comerciante juridicamente autónomo do concedente, que actua em seu próprio nome e por sua conta e risco⁽²⁵⁾.

12. Por último, o contrato de franquia (de empresa; «business format franchising») traduz uma forma de cooperação estreita entre empresários independentes, em que um deles confere ao outro uma *licença para explorar um inteiro conceito ou modelo empresarial*, em contrapartida do pagamento de um *montante inicial* («up front money», «entry fee», «direito de entrada») e de *prestações pecuniárias periódicas* («franchise fees», «royalties»), ficando o franquiado investido na obrigação de *replacar na sua empresa aquele modelo empresarial* e de *se sujeitar à fiscalização e controlo da contraparte* ⁽²⁶⁾.

Na sua conformação paradigmática, o contrato de franquia consiste num *contrato-quadro* que dá origem a uma relação *duradoura* entre dois empresários juridicamente *independentes* (actuando, cada um deles, por sua conta e risco), fazendo parte do seu *núcleo obrigacional característico* os elementos seguintes:

- a) O franquiador vincula-se perante o franquiado a:
 - Assegurar-lhe o *direito de uso de um conjunto de direitos sobre bens imateriais*, tais como marcas, nomes comerciais, insígnias, modelos e desenhos industriais, saber-fazer, direitos de autor, e, mais raramente, patentes – este «package» compósito de direitos sobre coisas incorpóreas e situações de facto com valor económico, susceptível de ser comercialmente explorado por terceiros, denomina-se, frequentemente, «franquia»;

⁽²⁵⁾ Este último aspecto aparta nitidamente o contrato de concessão do contrato de agência, dado que, como antes se observou, o agente actua sempre por conta do principal, podendo ou não actuar em sua representação. Mas, além disso, como também já ficou dito, o agente é um mero promotor de negócios alheios, ao passo que o concessionário é um adquirente-revendedor que exerce funções substancialmente distributivas.

⁽²⁶⁾ Para desenvolvimentos e referências bibliográficas, cfr. Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 66 ss.

- Transmitir-lhe o seu *saber-fazer* ⁽²⁷⁾, isto é, um conjunto de conhecimentos respeitantes ao modo como o franquiado deve criar, organizar e fazer funcionar a sua empresa, de modo a reproduzir o modelo mercantil concebido pelo franquiador (e, dessa forma, integrar o sistema de franquia), conhecimentos esses que devem ser *secretos* e conferir-lhe alguma *vantagem competitiva* relativamente a terceiros que não tenham acesso aos mesmos;
 - Prestar-lhe *assistência* (comercial, técnica e de gestão) a respeito da organização e funcionamento da sua empresa, durante a vigência do contrato;
 - Exercer *fiscalização* activa sobre o sistema e a rede de franquiados.
- b) Por seu turno, o *franquiado* assume as obrigações de:
- Pôr em prática o «*sistema de franquia*» ou o *modelo de empresa* que lhe é transmitido pelo franquiador, cumprindo o *programa prestacional pré-definido* e as *indicações* que este periodicamente lhe forneça, utilizando na sua actividade os signos que identificam o sistema e sujeitando-se a um *apertado controlo da contraparte*;
 - Pagar ao franquiador as *retribuições acordadas* (geralmente, direitos de entrada e taxas periódicas ligadas à exploração do negócio – os «royalties» – ou destinadas a contribuir para fundos comuns).

Acrescente-se que a categoria contratual em apreço é, normalmente, utilizada para *estruturar redes empresariais fortemente homogéneas*, identificadas por sinais distintivos comuns ⁽²⁸⁾, através da reiteração do modelo de empresa ou da disseminação do «sistema de franquia» concebido pelo franquiador.

⁽²⁷⁾ Para aprofundamento do conceito, cfr., por ex., Giesler, J. P., in J. P. Giesler/J. Nauschütt (dir.), *cit.*, pp. 412 ss., e, na doutrina portuguesa, Ascensão, J. Oliveira, *Direito Comercial*, vol. II: *Direito Industrial*, Lisboa, 1988, pp. 289 ss., Dias, Maria Gabriela Figueiredo, *A Assistência Técnica nos Contratos de Know-how*, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 25 ss., Vasconcelos, L. M. Pestana de, *ob. cit.*, pp. 34 ss., e Ribeiro, Maria de Fátima, *ob. cit.*, pp. 166 ss.

⁽²⁸⁾ Sobre a caracterização do contrato de franquia como «contrato de rede», veja-se Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, *cit.*, pp. 123 e 127.

IV – A disciplina dos contratos de distribuição no direito português e noutros direitos lusófonos

13. Tal como sucede na generalidade dos países europeus ⁽²⁹⁾, de entre as espécies negociais que se filiam na categoria dos contratos de distribuição, apenas o contrato de agência possui regulamentação própria no ordenamento jurídico português. Mas mesmo essa é relativamente recente, dado que o primeiro diploma que regulou a figura no direito português foi o citado Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho.

O diploma foi adoptado poucos meses antes da promulgação da *Directiva 86/653/CEE, do Conselho, relativa à coordenação dos direitos dos Estados membros em matéria de agentes comerciais independentes* ⁽³⁰⁾. Como o seu intitulado deixa perceber, esta directiva visou, fundamentalmente, proceder à *harmonização* das legislações nacionais dos Estados membros ⁽³¹⁾. Todavia, por detrás dessa genérica intenção encontravam-se duas ideias regulatórias precisas: por um lado, estabelecer *condições de concorrência idênticas no interior da União*, de modo a salvaguardar a *liberdade de estabelecimento* e a viabilizar a formação de um verdadeiro *mercado único*; por outro lado, incrementar o *nível de protecção social* assegurado aos agentes comerciais num âmbito territorial alargado ⁽³²⁾.

A promulgação da Directiva tornou indispensável a adaptação da lei portuguesa às respectivas injunções regulatórias, apesar de tudo limitadas. Essa tarefa foi levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, cujas disposições oferecem, no entanto, o flanco a diversas críticas.

⁽²⁹⁾ Para aprofundamento, cfr., por ex., Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 82 ss.

⁽³⁰⁾ *Jornal Oficial* n.º L 382, de 31.12.1986, pp. 17 ss.

⁽³¹⁾ E não só, pois a obrigatoriedade de transposição da Directiva foi tornada extensiva aos Estados que na altura integravam a EFTA pelo *Acordo sobre o Espaço Económico Europeu*, de 2.05.1998 (cfr. art. 7 e Anexo VII, n.º 30).

⁽³²⁾ Para aprofundamento, cfr., Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 53 ss. e bibliografia aí referida.

14. Faltando, no direito português, uma disciplina especificamente aplicável a todas as outras espécies de contratos de distribuição, a doutrina e a jurisprudência portuguesas não hesitam em lançar mão, para esse efeito, dos métodos de determinação do regime jurídico dos contratos atípicos. A orientação, largamente dominante, subscreve, sem reservas, o entendimento de que a disciplina do contrato de agência assume *carácter paradigmático*, servindo de *modelo regulativo para os demais contratos de distribuição*. Acabou, assim, por se erigir o contrato de agência *no tipo preponderante*, o que viabiliza a aplicação, *em globo*, do conjunto de preceitos legais que o regem, de acordo com as orientações do *método da absorção*. Localizando-se no dever de promoção negocial o *centro de gravidade* de todos os negócios de distribuição integrada e apontando esse elemento crucial para o único de entre eles que beneficia de um modelo regulativo típico, este passa a assumir um papel dominante na definição do regime jurídico dos demais.

Na prática, esta orientação conduziu a uma extensão *quase-automática* e *imponderada* do regime da «representação comercial» à conformação da disciplina dos restantes contratos de distribuição.

15. Temos vindo a defender, contra a corrente dominante, que a *força centrípeta* exercida pelo regime típico do contrato de agência é, muitas vezes, fruto de uma excessiva *simplificação de análise*, que tem conduzido a diversos equívocos e a resultados que, de todo em todo, não podemos subscrever⁽³³⁾. Reconhece-se, no entanto, a pouca influência da nossa opinião sobre a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses.

16. O panorama que se observa nalguns países e territórios de influência lusófona contrasta nitidamente com aquele que acabamos de descrever a respeito do direito português. Na realidade, verifica-se que,

⁽³³⁾ Cfr., desenvolvidamente, Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 53 ss. e bibliografia aí referida.

tanto em Angola ⁽³⁴⁾, como em Cabo Verde ⁽³⁵⁾ e em Macau ⁽³⁶⁾ existe uma regulamentação conjunta e completa das diferentes categorias de contratos de distribuição.

V – Panorama geral do direito brasileiro

V.1 – O tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema: a confusão conceitual

17. Com o advento do Código Civil de 2002 estabeleceu-se um grande debate, ainda sem consenso, a respeito do que são contratos de agência e de distribuição, seja pela imprecisão legislativa na sua definição, seja pela existência de farta legislação antecedente tratando de figuras assemelhadas. A seguir busca-se sintetizar o debate.

18. O Código Civil de 2002 trata, nos artigos 710 a 721, do contrato de agência e distribuição. Enquanto o contrato de agência é definido na legislação como aquele em que *“uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada”*, o contrato de distribuição possui o mesmo conceito, mas acrescenta um elemento adicional *“quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”*. Assim, a distinção entre o contrato de agência e de distribuição estaria no elemento *“ter a coisa à disposição”*. Assim, o primeiro problema surge na própria definição que parece pretender criar

⁽³⁴⁾ Lei n.º 18/03, de 12.08, sobre os Contratos de Distribuição, Agência, Franchising e Concessão Comercial (disponível em https://animalexdominis.files.wordpress.com/2018/03/lei-18_03-lei-dos-contratos-de-distribuicao.pdf).

⁽³⁵⁾ Ver os arts. 175.º, n.º 4 (enumeração dos contratos comerciais de distribuição) e 305.º ss. do Código Comercial de Cabo Verde (disponível em <https://www.procapital.cv/uploads/files/Decreto-legislativo%20n%20BA%2022019%20-%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20de%20C%C3%B3digo%20de%20Empresas%20Comercias.pdf>).

⁽³⁶⁾ Vejam-se os Títulos VI (Do contrato de agência – arts. 622.º ss.), VII (Do contrato de concessão comercial – arts. 657.º ss.) e VIII (Do contrato de franquia – arts. 679.º ss.) do Livro III (Da actividade externa da empresa) do *Código Comercial* de Macau (disponível em https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcompt/indice_art.asp)

duas formas contratuais diferentes, embora utilize a mesma base conceitual.

19. Flávio Tartuce salienta que há diferença entre o contrato de distribuição e de agência, criticando quem vê sinonímia entre eles, destacando que *“há diferenças estruturais entre ambos, pois na distribuição estão presentes as figuras do colaborador-intermediário (distribuidor) e do produtor; ao contrário, da agência”*. E prossegue o autor, afirmando que *“agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este correspondente aos negócios concluídos em sua zona ou área de atuação”*, enquanto 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.³⁷ E para finalizar, o mesmo autor recorda o Enunciado n. 31, da I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: *“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, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. 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.”*

20. Em outro quadrante, mas ainda acentuando a diferenciação, cogita-se da agência-distribuição: *“Surge, então, a figura da agência-distribuição. Esta modalidade diferencia-se da agência pura, pois o representante tem à sua disposição a coisa ser negociada, embora não tenha adquirido sua propriedade. O agente, porém, continua a atuar em nome e*

³⁷ TARTUCE, Flávio. Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência. Anderson Schreiber... [et al.]. Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 420.

por conta do proponente, o que torna esta figura diversa da concessão comercial".³⁸

21. Alfredo de Assis Gonçalves reforça o problema ao criticar o uso do termo "contrato de agência", especialmente à luz da Lei dos Representantes Comerciais Autônomos (Lei n. 4.866, de 09 de dezembro de 1965), por não ver no termo "agência" um "*sentido unívoco*", sendo utilizado indistintamente para indicar uma "*unidade avançada da estrutura do próprio empresário*", citando como exemplo as agências bancárias, mas também para identificar empresas "*que se dedicam a intermediar a atividade de contratação de hospedagem e transporte*", as designadas "*agências de viagem*".³⁹ Conclui o autor que o contrato de agência "*é um tipo aberto, mais abrangente do que o regulado pela Lei n. 4.866, de 1965. Ou seja, a representação comercial, com as particularidades previstas na sua lei de regência, é uma espécie de contrato de agência, no qual é ínsita a existência de vínculo permanente entre representante e representado*". Portanto, contrato de agência seria o gênero, do qual o contrato de representação comercial é uma espécie.

22. Ainda sobre o tema, Rubens Requião sustentava que "*o contrato de representação comercial sobrevive ao lado do contrato de agência, permitindo distinguir um do outro e sugerir que operarão como tipos contratuais especializados*", após tecer críticas à opção do legislador estampada no Código Civil de 2002.⁴⁰

³⁸ DEARO, Ana Carolina Devito. O inadimplemento recíproco no contrato de distribuição: caracterização e consequências. Dissertação de mestrado em Direito Comercial. Orientador Professor Doutor José Alexandre Tavares Guerreiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 54.

³⁹ ASSIS GONÇALVES, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.866/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721); EC/04: Estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião. Coordenadores Hamilton Bueno e Sandro Gilbert Martins. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 207.

⁴⁰ REQUIÃO, Rubens. Do representante comercial. 9ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, atualizada por Rubens Edmundo Requião, p. 50-51.

23. A salientar a dificuldade em torno da perfeita delimitação dos contratos de distribuição, a doutrina ainda diferencia entre contratos de distribuição com ou sem intermediários independentes, vistos como “*contratos novos, que se transformaram em instrumento de política de distribuição do produtor, e se destinam a estruturar, planejar e gerir todo um sistema ou uma rede de distribuição da produção industrial*”.⁴¹

24. Como é possível verificar, a doutrina brasileira diverge sobre o tratamento jurídico conferido ao tema pelo Código Civil, no entanto, parece convergir no sentido de que se uma classificação é necessária ela contemplaria o contrato de agência como o gênero.

25. Entretanto, importante realçar que esse tipo de contratação não era estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, que já possuía, à época da edição do Código Civil, os seguintes contratos que podem ser incluídos na classe de contratos de distribuição: contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, mais conhecida por lei Ferrari (Lei n. 6.729/1979); contrato de representação comercial (Lei n. 4.886/1965) e o contrato de franquia (Lei n. 8.955/1994, posteriormente revogada pela Lei n. 13.966/2019). Assim, é possível afirmar que o contrato de agência é o gênero do qual os contratos antes nominados são espécies.

26. De modo amplo, é possível dizer que os contratos de distribuição têm como característica principal permitir reduzir o espaço entre um determinado produto e o seu público consumidor, como fica evidente, por exemplo, no caso dos distribuidores de veículos, que são o vínculo entre a indústria automobilística e o consumidor final do produto. As concessionárias de veículos representam uma expressiva fatia de vendas de veículos

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Huberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil, na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 122, abril-junho/2001, Malheiros Editores: São Paulo, p. 9.

automotores ainda que a internet tenha passado a suprir, em parte, as expectativas do consumidor em torno da aquisição desse tipo de bem.

27. A racionalidade econômica da indústria na adoção desse modelo reside na intenção de canalizar seus esforços na produção do bem de consumo, aperfeiçoando o processo produtivo, sem ter que se dedicar à tarefa da venda ao consumidor final. Surge a figura da cadeia de distribuição que tem por objetivo promover a circulação dos bens “*em uma estrutura verticalmente concatenada, até que os produtos alcancem seu destino*”.⁴²

28. Resgate-se, contudo, que esse tipo de contrato possui inúmeras particularidades que, como definiu Paula Forgioni, revela um indevido maniqueísmo dos interesses envolvidos nesse tipo de contrato, destacando que existe uma base de interesses comuns, mas, também, uma base de interesse conflitantes, para concluir que a “*tensão latente e bífrentismo de interesses (coincidentes ou conflitantes) estão presentes não só no vínculo entre fornecedor e distribuidor, mas também entre os próprios distribuidores*”.⁴³

29. Ainda, há a distinção a partir da criação das categorias de distribuição direta e indireta. A direta é aquela em que o “*bem passa diretamente do produtor ao consumidor, ainda que através de representantes, de comissão ou de mediadores*”. A indireta, “*o bem passar por várias etapas, saindo do produto para o atacadista, que o repassa para o varejista e este ao consumidor final*”. Na distribuição indireta, ainda existe duas modalidades, a integrada e a não integrada. A primeira “*as atividades de produção e comercialização são realizadas de forma coordenada, de maneira que o distribuidor se integra aos circuitos próprios do produtor, e,*

⁴² DEARO, Ana Carolina Devito. O inadimplemento recíproco no contrato de distribuição: caracterização e consequências. Dissertação de mestrado em Direito Comercial. Orientador Professor Doutor José Alexandre Tavares Guerreiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 23.

⁴³ FORGIONI, Paulo. Contrato de distribuição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117-136.

*eventualmente, submete-se às suas diretrizes”, a segunda, “os distribuidores atuam sem coordenação com os produtores”.*⁴⁴

30. A distinção, como salientado anteriormente, deriva da disposição ou não da coisa a ser negociada. Se a coisa estiver à disposição da parte tem-se um contrato de distribuição, mas se a coisa não está à disposição, tem o contrato de agência. Reforça essa posição o fato de o próprio Código Civil remeter, no artigo 721, às regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.

31. No plano jurisprudencial também há controvérsia a respeito, destacando-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça que, ao tratar da caracterização de um contrato de distribuição verbal, forneceu algumas diretrizes de como pensam os julgadores:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. CONFIGURAÇÃO. 1. Ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais, em virtude de suposto rompimento unilateral - e sem notificação prévia - de **contrato de distribuição firmado entre as partes**. 2. Ação ajuizada em 14/11/2007. Recurso especial concluso ao gabinete em 20/06/2018. Julgamento: CPC/2015. 3. **O propósito recursal é dizer se a relação existente entre as partes é de distribuição**, a fim de definir se é cabível a condenação da recorrente à reparação de danos materiais, em virtude da ausência de aviso prévio quanto à resolução unilateral da avença. 4. Em um contrato de distribuição, o distribuidor desempenha relevante função, consistente na efetiva aquisição - e não na mera intermediação - das mercadorias produzidas pelo fabricante com a exclusiva finalidade de, numa determinada localidade, revendê-las, extraindo-se da diferença entre o valor da compra e o obtido com a revenda, a sua margem de lucro. 5. Na espécie, não houve entre as partes uma avença formal/escrita de contrato de distribuição. Portanto, o

⁴⁴ FALCÃO. Alexandre Targino Gomes. Agência e distribuição no Código Civil brasileiro: regime jurídico unificado de contratos distintos? Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB), ano 3 (2014), n. 9, 6745-6819, Lisboa: Centro de Investigação em Direito Privado (CIDP), p. 6749-6750.

que se deve perscrutar é se as atividades desenvolvidas pelas partes e a dinâmica desta integração são hábeis a fazer com que se conclua que configuravam uma verdadeira relação de distribuição. 6. Na espécie, com base no enquadramento fático realizado pelo Tribunal de origem, pode-se constatar que a **BROKER DISTRIBUIDORA, em caráter não eventual, adquiria os produtos fabricados pela GENERAL MILLS - que lhe concedia um desconto de 25% (vinte e cinco por cento) do preço de venda ao atacado - para revender na região metropolitana de Belo Horizonte - MG, retirando o seu lucro desta margem de comercialização.** 7. Ademais, **não se tratava de uma mera compra e venda mercantil de produtos, uma vez que certas obrigações eram impostas à BROKER DISTRIBUIDORA, como as de captação de clientela, de atingimento de metas de vendas e de impossibilidade de comercialização de produtos semelhantes ou concorrentes.** 8. Ainda, havia a impossibilidade de a **BROKER DISTRIBUIDORA escolher quais produtos gostaria de adquirir, estando engessada à obrigação de aquisição de todo mix de produtos YOKI, o que, de fato, a distanciava da figura de atacadista.** 9. Diante da moldura fática desenhada pela Corte local, **é imperioso o reconhecimento da existência de um contrato de distribuição entre as partes.** 10. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ - REsp: 1780396 MG 2018/0143861-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/02/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2020)

32. Do julgado é possível extrair algumas premissas importantes: a) adota o conceito mais próximo da disposição do Código Civil, ao reconhecer que o distribuidor deve efetivamente adquirir a mercadoria; b) que deve adquirir para revenda; c) o caráter não eventual; d) o lucro provinha da diferença entre o preço pago e o valor de revenda; e) foram estabelecidas obrigações acessórias, como captação de clientela, metas de vendas e vedação à revenda de produtos semelhantes ou concorrentes (espécie de exclusividade), imposição de um mix de produtos.

33. Assim, embora ainda remanesçam dúvidas, fruto da imprecisão do legislador no trato dos contratos de distribuição e agência, são traçadas

algumas linhas que permitem promover a separação entre os dois modelos.

34. Firmados os contornos em torno do seu conceito e uma breve problematização, passa-se aos elementos do contrato de distribuição.

V.II. Elementos do contrato de distribuição à luz do direito brasileiro

35. O contrato de distribuição envolve alguma complexidade porque, embora unificado em sua nomenclatura, possui em si vários outros contratos embutidos, em uma verdadeira rede contratual interna. Tome-se, como exemplo, um contrato de franquia que envolve, dentre outros aspectos, a concessão de uso de uma marca, a transferência de know-how, obrigações definidas de publicidade em rede, prestação de serviços, qualidade padronizada etc.

36. Ademais, esse tipo de contrato exige o elemento coordenação, que pode ser em maior ou menor grau, porque sem ele o contrato não atinge o seu objetivo central, que é superar a distância entre a indústria e o consumidor. Contratos de franquia alimentícia exigem grande coordenação porque envolvem o fornecimento de produtos sensíveis que devem chegar ao franqueado em tempo e qualidade adequados, sob pena de o reflexo de um insucesso repercutir sobre todos os demais franqueados a partir, por exemplo, de uma notícia negativa sobre um determinado produto.

37. Como elemento central destaca-se a responsabilidade da compra para revenda posterior, que se distingue da compra e venda tradicional por demandar a observância das regras predefinidas pelo proponente e por impedir que sejam destinados ao próprio consumo do revendedor. É o caso dos contratos de franquia que estabelecem preços padronizados para seus produtos e que devem ser seguidos pelos franqueados, fruto da necessária uniformização que esse tipo de negócio demanda, pois um consumidor não pode encontrar um preço diferente em cada loja. A ideia, em

torno do contrato de franquia, é a uniformidade do produto a ser encontrado pelo consumidor, o que exige coordenação a partir da definição de quotas de compras, metas, preços homogêneos, tempo de duração das estratégias de venda (uma liquidação, por exemplo). Assim, ocorre a compra e venda dos produtos para revenda pelo franqueado, ou para promover o acabamento segundo regras preestabelecidas pelo proponente. Voltando ao exemplo de uma franquia de alimentos, um franqueado do McDonald's não compra o hambúrguer pronto, ele adquire as partes e realiza a montagem dessas diversas partes segundo padrões predefinidos que devem ser obrigatoriamente seguidos para se chegar ao mesmo produto que qualquer outro franqueado pode ofertar ao consumidor.

38. O segundo elemento é a retribuição que é calculada a partir da diferença entre o preço base de aquisição e o preço definido para revenda. Nestes casos, é comum a existência de tabelas de preços predefinidas, o que também ocorre em relação à prática de descontos e outras promoções envolvendo aquele produto. Assim, embora o distribuidor tenha autonomia em relação ao proponente, e a própria legislação afirme inexistir dependência, a própria definição desse tipo de contrato estabelece um conjunto de obrigações acessórias que precisam ser observadas pelo distribuidor sob pena de rompimento do vínculo contratual.

39. Acrescenta-se, como elemento, a ausência de vínculo de dependência que descaracteriza o contrato de distribuição como uma relação de emprego.⁴⁵ Entretanto, se de um lado há essa descaracterização, de outro

⁴⁵ A questão ainda é tormentosa no Brasil, pois não são raras as vezes em que uma das partes busca a satisfação do seu direito alegando a existência de uma relação de emprego ou, mais recentemente, de uma relação de terceirização de serviços. Essa distinção implica alteração do juízo competente para processar e julgar lides envolvendo esse tipo de contratação, que pode variar entre discutir o contrato no âmbito da Justiça do Trabalho ou na Justiça Comum. Seguem alguns exemplos em favor de uma ou de outra das posições: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO [...] A questão acerca da responsabilidade subsidiária foi devidamente analisada, tendo o acórdão embargado rechaçado o conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 331, IV, do TST, em face da constatação de que **não há no acórdão regional registro de elemento capaz de descaracterizar a natureza comercial do contrato de distribuição celebrado entre as reclamadas, equiparando-o à terceirização de serviços**. Assim, estão ausentes no acórdão embargado os vícios inscritos nos arts. 897-A da CLT e

é importante salientar que há outras formas de dependência econômica que podem surgir nesse tipo de contratação, especialmente porque pode existir, conforme disposições previstas pelas partes, maior ou menor interferência do proponente ou fornecedor sobre a dinâmica contratual, o que pode implicar maior ou menor dependência econômica.⁴⁶

40. No Brasil, há outro elemento a considerar, que vem a ser exclusividade que vigora tanto para o proponente quanto para o distribuidor. O proponente não pode constituir outro distribuidor na mesma área de atuação do distribuidor, em contrapartida, este não pode praticar negócios “do mesmo gênero à conta de outros proponentes” (art. 721, CC).

41. De modo geral, os contratos de distribuição possuem delimitação geográfica previamente estabelecida entre as partes, visando evitar a concorrência entre distribuidores da mesma cadeia. Essa regra está presente na Lei de Franquias que, no seu artigo 2º, XI, “a”, estabelece como informação obrigatória, que deve constar da circular de oferta de franquia, documento que antecede a celebração do contrato de franquia, “se é garantida ao franqueado a exclusividade ou a preferência sobre determinado território de atuação e, neste caso, sob que condições”. A mesma disposição, cada qual com seu contorno, é encontrada na lei dos contratos de representação comercial (art. 27, “e”, “f”; art. 31; art. 36) e na lei Ferrari (art. 5º. I). Entretanto, a cláusula de exclusividade não é um

1.022 do CPC/2015. Embargos de declaração rejeitados. (TST - ED: 3488020185060006, Relator: Dora Maria Da Costa, Data de Julgamento: 05/08/2020, 8ª Turma, Data de Publicação: 07/08/2020). Ou então: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. **CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. DESVIRTUAMENTO. NATUREZA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.** O Tribunal Regional, com esteio nos elementos instrutórios constantes dos autos, **concluiu que a relação havida entre as reclamadas extrapola o simples contrato de distribuição para a comercialização de produtos, detendo real natureza de prestação de serviços, haja vista, em especial, a exclusividade pactuada.** [...] Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AIRR: 105747720185030023, Relator: Alberto Luiz Bresciani De Fontan Pereira, Data de Julgamento: 21/10/2020, 3ª Turma, Data de Publicação: 23/10/2020)

⁴⁶ FALCÃO. Alexandre Targino Gomes. Agência e distribuição no Código Civil brasileiro: regime jurídico unificado de contratos distintos? Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB), ano 3 (2014), n. 9, 6745-6819, Lisboa: Centro de Investigação em Direito Privado (CIDP), p. 6751.

elemento essencial, mas particular do contrato⁴⁷, o que permite que existam outros representantes, concessionários ou franqueados na mesma área de atuação. Ao se analisar os dispositivos legais que tratam do tema, nenhum deles estabelece como condição obrigatória do contrato de distribuição. O artigo 711, do Código Civil, utiliza o termo “*salvo ajuste*”, o que denota claramente que a escolha pode ser não fornecer qualquer exclusividade; a lei de franquia, por sua vez, obriga a informar “*se é garantida*” a exclusividade, ou seja, admite que se informe o oposto. A lei Ferrari estabelece a necessidade da definição de uma área operacional e distância mínima, mas não impede que diversas concessionárias, cada qual autônoma, atue na mesma área.

42. Outro elemento do contrato de distribuição que pode ser trazido à discussão refere-se ao nível de integração entre proponente e distribuidor. Esse elemento, embora não conste expressamente das disposições legais de caráter geral estabelecidas no Código Civil, é delas extraído. Assim à medida que se avança entre os artigos 710 e 721 do Código Civil é possível verificar que o contrato de distribuição pode ter maior ou menor integração entre proponente e distribuidor.

43. Para Ana Carolina Devito Dearo, a integração é verificada nos chamados elementos acidentais, que ela divide em razão da função que exercem no contrato, caracterizando-se como de primeiro grau quando ligados diretamente ao objeto do contrato, de segundo grau quando estabelecem obrigações autônomas e de terceiro grau, quando a integração é encontrada em conjunto com a colaboração.^{48 49} Nos contratos de

⁴⁷ DEARO, Ana Carolina Devito. O inadimplemento recíproco no contrato de distribuição: caracterização e consequências. Dissertação de mestrado em Direito Comercial. Orientador Professor Doutor José Alexandre Tavares Guerreiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 33.

⁴⁸ DEARO, Ana Carolina Devito. O inadimplemento recíproco no contrato de distribuição: caracterização e consequências. Dissertação de mestrado em Direito Comercial. Orientador Professor Doutor José Alexandre Tavares Guerreiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 65.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial, 25a edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 482.

representação comercial a integração, em geral, é de pequena intensidade, pois não é costumeiro, nestes casos, o uso da mesma marca, ou padrões de identidade mais rigorosos; ao contrário, contratos de franquia e de concessionárias costumam exigir maior integração, porque compartilham a marca, padrões de qualidade, oferecem assistência técnica ao consumidor, que passa a ver aquele distribuidor como se fosse o próprio proponente.

44. A integração torna-se ainda mais presente quando se observa a formação de vastas redes de distribuidores, como é o caso das concessionárias de automóveis e franquias, gerando a ideia de pertencimento à estrutura global. Internamente, essas redes possuem como característica um elevado nível de controle e subordinação operacional, uma política comercial previamente definida, ou em caráter regional ou até mesmo global, e um certo nível de dependência do distribuidor em relação ao fornecedor proponente. Nesse último aspecto, é comum o estabelecimento de quotas mínimas, preços prefixados, margens definidas aprioristicamente, e limitação à forma de condução da própria empresa. Como exemplo utiliza-se a franquia que tem por objetivo oferecer ao público em geral bens e serviços padronizados que, para serem efetivos, precisam envolver um elevado nível de integração para que possa ser concretizado. Voltemos ao caso McDonald's, que prega ser possível adquirir um sanduíche seu em qualquer local do mundo com o mesmo sabor e qualidade; ou ainda, as concessionárias de automóveis que permitem adquirir um veículo de uma marca nos mais diversos locais do mundo, com a mesma característica, qualidade, design etc.

45. Não obstante a exemplificação acima, é preciso ressaltar que havendo lei especial no Brasil regulando o contrato – como é o caso das franquias, representação comercial e concessão comercial de veículos –

deve-se partir das suas especificidades para não cair na generalização trazida pelo Código Civil, como forma de respeitar a tipicidade de cada um desses contratos.

46. Nos limites do trabalho, restam, assim, apresentados os principais elementos do contrato de distribuição.

VI – Algumas semelhanças e diferenças na regulamentação do contrato de agência nos dois lados do Atlântico

47. Para finalizar, são apresentadas algumas semelhanças e diferenças no tratamento dos contratos de distribuição (em particular, do contrato de agência) no Brasil e em Portugal.

48. Um traço presente no contrato de agência no Brasil é da delimitação geográfica de atuação que pode ser encontrada nas três espécies tratadas acima: nos contratos de representação comercial (art. 27, letras “e”, “g” e “i”, art. 31, art. 36), nos contratos de franquia (art. 1º, art. 2º, XI, letra “a”) e na concessão comercial de veículos (art. 5º, I). Nos contratos de franquia é uma informação prévia à celebração do contrato porque deve constar da Circula de Oferta de Franquia (COF), ou seja, numa fase pré-contratual; mas, nos contratos de representação, consta que a *“exclusividade não se presume na ausência de ajustes expressos”* (art. 31), ainda que o art. 27 da mesma legislação estabeleça que do contrato de representação comercial deverá constar *“obrigatoriamente”* a *“indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação”*. De outro lado, o Código Civil, no artigo 710, usa a expressão *“em zona determinada”*, enquanto o artigo 711 afirma que *“salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de uma agente na mesma zona”*, o que parece conflitar, ao menos em parte, com algumas das disposições contidas nas leis especiais. Esse conflito deriva da forma como a questão da delimitação de uma zona é abordada em cada legislação, sendo possível identificar, ainda que com

alguns contornos especiais, que se trata de um elemento essencial do contrato de distribuição e agência a definição da existência ou não de uma zona predeterminada.

49. Importante diferenciar as previsões contratuais que tratam de uma zona daquelas que tratam da exclusividade. Na legislação que trata dos representantes comerciais, o tema é tratado com expressões como “*exclusividade de zona ou setor de zona*”; “*restrição de zona concedida com exclusividade*”, ao mesmo tempo em que faz a ressalva de que a “*exclusividade de representação não se presume*”. O mesmo acontece nos contratos de franquia, quando a legislação afirma que pode ser estabelecida a “*distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços*”, mas que exige que da COF conste “*se é garantida ao franqueado a exclusividade ou a preferência sobre determinado território de atuação*”. Na Lei Ferrari há menção a “*área operacional*” e “*distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede*”. Assim, de modo a resumir todas as disposições sobre a matéria, conclui-se que a delimitação de zona presume exclusividade na área geograficamente determinada, mas não exclusividade na distribuição, na representação comercial, na franquia ou na concessão como um todo.

50. Contrariamente ao que sucede no país irmão, a *delimitação da zona de actuação do agente* não constitui, no direito português, elemento definitório do contrato de agência. Efectivamente, embora a versão inicial do Decreto-Lei n.º 178/86 incluísse, na noção legal (art. 1.º), como elemento essencial do negócio, a determinação do âmbito (geográfico ou pessoal) de actuação do agente, a transposição da Directiva 86/653/CE levou a uma mudança de rumo, passando a lei a prever essa delimitação como um *elemento facultativo do contrato*, se bem que usual (cfr. a parte final do art. 1.º, n.º 1, do cit. Decreto-Lei, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 118/93). Em todo o caso, tanto na Directiva como na lei

portuguesa, a atribuição ao agente de uma zona ou círculo de clientela mostra-se relevante na resolução de alguns problemas prático-jurídicos (cfr., por ex., os arts. 4.º, 9.º, n.º 2, e 16.º, n.º 2, da LCA).

Também no direito português se não confunde a mera delimitação contratual da zona de actuação do agente com a concessão ao mesmo de um *direito de exclusivo*. Sendo de observar que, enquanto a atribuição ao agente da representação exclusiva constitui *elemento eventual do contrato* (exigindo-se que seja especificamente acordada, por escrito), a *exclusividade a favor do principal* (ou seja, o direito deste último de exigir que o agente se abstenha de exercer actividade concorrente com a que é objecto do contrato) *decorre*, segundo a literatura especializada, *da obrigação «de zelar pelos interesses da outra parte»* que o art. 6.º da LCA faz impender sobre o agente. Significa isto que o exercício de actividade concorrente, por parte do agente, carece de estipulação que especificamente o autorize a fazê-lo.

51. Quanto ao registro do contrato, há um processo de desburocratização no Brasil visando melhorar o ambiente negocial. A Lei Ferrari confere a possibilidade de registro do contrato em Cartório (art. 17, §1º), todavia, é uma providência facultativa, como se depreende do trecho que diz “*poderá proceder ao seu registro*”, assim, a rigor não há obrigatoriedade alguma no direito brasileiro de se realizar o registro dos contratos de agência e distribuição. Com relação ao contrato de representação comercial, a única obrigatoriedade exigida não é do registro do contrato, mas do registro “*dos que exerçam a representação comercial nos Conselhos Regionais*”, pois, no Brasil, existem os Conselhos Regionais dos Representantes Comerciais e um Conselho Federal (art. 6º, da Lei n. 4.866/1965).

52. A Lei portuguesa não sujeita a celebração do contrato de agência a *forma especial*. Dispõe apenas, por inspiração da Directiva (art. 13.º, n.º 1), que «qualquer das partes tem o direito, a que não pode renunciar, de

exigir da outra um documento assinado que indique o conteúdo do contrato e de posteriores aditamentos ou modificações» (art. 1.º, n.º 2, da LCA). Estão longe de ser claros os propósitos desta regra, sendo igualmente duvidosas as consequências da respectiva inobservância por qualquer das partes.

Convém acrescentar que a adopção de certas cláusulas contratuais implica a sua *consagração por escrito*. Assim acontece, por exemplo, com a atribuição ao agente de *poderes de representação* e/ou de *cobrança de créditos* (arts. 2.º e 3.º da LCA), com a concessão de *exclusivo a favor do agente* (art. 4.º) e com a consagração da *obrigação de não concorrência pós-contratual* (art. 9.º). Além disso, se as partes adoptarem (voluntariamente) a forma escrita na conclusão do contrato de agência, torna-se obrigatória a *inscrição do contrato no registo comercial* (art. 10.º, alínea e), do Código do Registo Comercial).

Os demais contratos de distribuição, não contendo específica regulamentação legal, não se encontram, naturalmente, sujeitos a prescrições legais de forma, *não se podendo estender por analogia aquelas que a lei estabelece para o contrato de agência*.

53. Com relação à remuneração envolvida neste tipo de contratação, o tratamento legislativo é ainda mais variado. O art. 714, do Código Civil, afirma que “*salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona*”. Neste caso, o proponente é o responsável pela remuneração. Na representação comercial o contrato precisa, obrigatoriamente, prever a forma de retribuição e quando se dará o pagamento, bem como se é dependente “*da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos*” (art. 27, letra “F”, combinado com os artigos 32 e 33). Nos contratos de franquia a remuneração pode ser direta ou indireta (art. 1º), ou seja, em alguns casos o franqueador irá se remunerar a partir

da diferença entre o preço de aquisição e o de revenda, que ainda pode ser tabelado para conferir uniformidade à rede de franqueados e seus consumidores. Em outros casos, realizados os negócios a remuneração será efetuada diretamente pelo franqueador. A Lei Ferrari, por sua vez, estabelece a liberdade de “*preço de venda do concessionário ao consumidor*”, todavia, ao mesmo tempo estabelece que “*cabe ao concedente fixar o preço de venda aos concessionários, preservando sua uniformidade e condições de pagamento para toda a rede de distribuição*” (art. 13). Na praxe o que se verifica é a uniformidade dos preços de venda, sendo que descontos e outros benefícios concedidos pelo concessionário são retirados de sua margem de lucro pela revenda.

54. No direito português, se bem que o agente não seja necessariamente remunerado através do pagamento de comissões (podendo adoptar-se outros modelos de retribuição – art. 15.º da LCA), a verdade é que é essa a forma usual de compensação da actividade do agente, estabelecendo-se, relativamente às comissões, um regime legal relativamente extenso e completo (arts. 16.º a 19.º da LCA).

De acordo com a *disciplina do direito à comissão*, o agente deverá ser compensado, tanto pela sua *actividade de promoção* (e de celebração, caso esteja investido dos necessários poderes) de negócios – mediante *comissões directas*: art. 16.º, n.º 1, 1.ª parte, da LCA –, como pela sua função de angariação e fidelização da clientela – através de *comissões por pedidos ulteriores* ou *por novas encomendas*: art. 16.º, n.º 1, 2.ª parte, da LCA –, como, ainda, pela responsabilidade e pelos custos em que incorra na execução da gestão (eventualmente, assistida de exclusivo) de um sector geográfico ou de um círculo de clientes predefinidos, que lhe tenham sido outorgados pelo principal – *comissões indirectas*: art. 16.º, n.º 2, da LCA. Adicionalmente, poderá ter direito a outras contrapartidas, caso seja incumbido do exercício de tarefas que extravasem o núcleo central e

típico das suas atribuições (nomeadamente, as previstas no art. 13.º, alínea f), da LCA), e que poderemos designar, em termos genéricos, por *comissões extraordinárias* ou *administrativas*. Cumpre acrescentar que o direito à comissão nasce imperativamente quando o terceiro cumpre o contrato ou devesse tê-lo cumprido e o principal já tenha cumprido a respectiva obrigação (art. 18.º, n.º 2, da LCA).

Em contrapartida, e como consequência da autonomia com que desempenha a sua actividade, o agente não tem, em princípio, direito a ser reembolsado das *despesas* que suporte no exercício das suas funções (art. 20.º da LCA).

55. Quanto ao tempo de duração do contrato, não há obrigatoriedade da definição de um tempo mínimo ou certo de duração. No entanto, o Código Civil foi alterado pela Lei n. 13.874, de 2019 (Lei da Liberdade Económica) que passou a prever, para os contratos civis e empresariais, a necessidade de verificar a *“alocação de riscos definidas pelas partes”*, o que, em nosso sentir, afeta em parte os contratos de agência e distribuição, pois são realizados diversos investimentos, alguns em ativos específicos, que possuem um prazo para gerar o retorno adequado, ou seja, há uma assunção de riscos que presume um certo tempo de duração, sem o qual o resultado final fica comprometido. Assim, embora o Código Civil, ao tratar dos contratos de agência e distribuição nada diga a respeito do prazo, é preciso verificar cada situação para avaliar o impacto e a consequência sobre a relação contratual estabelecidas pelas partes, sempre em atenção à tutela da confiança e da boa-fé.

56. Cada legislação especial possui um tratamento para esse matéria. Para a representação comercial, estabelece-se a obrigatoriedade da definição de prazo certo. Ocorrendo seu vencimento sem que as partes adotem qualquer medida em sentido contrário, presume-se que o contrato tornou-

se de prazo indeterminado. A importância dessa definição reflete-se no valor da indenização devida, conforme artigo 27, §§1º a 3º, da Lei n. 4.886, de 1965.⁵⁰ No caso de contratos de franquia, o prazo é uma condição obrigatória do contrato (art. 2º, XXII). A Lei Ferrari, por sua vez, estabelece que a “*a concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminado e somente cessará nos termos desta lei*” (art. 21, *caput*), e ainda prevê, que se for fixado um prazo determinado esse não pode ser inferior a cinco anos, tornando de prazo indeterminado se nenhuma das partes se manifestar com antecedência de 180 dias do seu termo final (art. 21, §único). Essa aparente contradição é resolvida pela própria lei, que estabelece a possibilidade de prazo determinado somente no início da concessão, ou seja, na primeira contratação, sendo que após será sempre de prazo indeterminado, conforme previsto no *caput*.⁵¹

57. A lei portuguesa permite que o contrato de agência seja celebrado por *prazo certo* ou por *tempo indeterminado*. Não se prevê, além disso, qualquer prazo mínimo de vigência do contrato, podendo as partes estabelecer o prazo que mais lhes convier.

O art. 27.º da LCA contém duas regras importantes a respeito da duração do contrato de agência (52). Prescreve o seu número 1 que o contrato de agência se *presume celebrado por tempo indeterminado*

⁵⁰ § 1º Na hipótese de **contrato a prazo certo**, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual. § 2º O contrato **com prazo determinado**, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado. § 3º **Considera-se por prazo indeterminado** todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.

⁵¹ Art. 21. A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores **será de prazo indeterminado** e somente cessará nos termos desta Lei. Parágrafo único. O contrato poderá ser **inicialmente ajustado por prazo determinado**, não inferior a cinco anos, e **se tornará automaticamente de prazo indeterminado** se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.

⁵² Para uma mais detida análise das disposições contidas neste preceito legal, cfr. Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 259 ss.

quando as partes *não tiverem «convencionado prazo»*. Trata-se de uma norma que tem paralelo em diversas legislações europeias – apesar de a sua consagração não ser imposta pela Directiva 86/653 – e que é igualmente adoptada noutros sectores de regulação, em alternativa à fixação legal de um prazo supletivo de vigência das relações contratuais.

Acrescenta o n.º 2 do referido preceito legal que se considera transformado em contrato de agência por tempo indeterminado o contrato por prazo determinado *que continue a ser executado pelas partes*, não obstante o decurso do respectivo prazo. Trata-se, desta feita, de uma orientação legislativa preconizada pelo art. 14 da Directiva 86/653, mas que reflecte uma tendência com provecta tradição nas ordens jurídicas de alguns Estados membros da União Europeia. Trata-se, também, de uma regra cuja interpretação suscita alguma controvérsia, revelando-se difícil determinar, quer o seu exacto alcance, quer a sua repercussão sobre algumas espécies contratuais vulgarmente praticadas.

58. A denúncia do contrato também possui tratamento variado na legislação brasileira. O art. 720, do Código Civil, prevê que se o contrato for por prazo indeterminado, é possível resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, mas faz a ressalva de que *“desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente”*, o que compatibiliza com as modificações realizadas pela Lei da Liberdade Económica, especialmente no artigo 421-A, que trata da alocação de risco estabelecidas pelas partes, e no artigo 113, que trata da interpretação dos negócios jurídicos em geral, destacando a necessidade de se observar a racionalidade económica das partes no momento da celebração daquele negócio.⁵³

⁵³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável;

59. No caso dos contratos de representação comercial, a denúncia é tratada no art. 34, da Lei n. 4.866/1965⁵⁴, vincula o ato à existência ou não de uma causa justificada. Assim, se a denúncia ocorrer sem causa justificativa e sendo o contrato por prazo indeterminado, desde que tenha vigorado por mais de seis meses, obrigará o denunciante à concessão de um pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias ou a uma indenização pecuniária equivante a um terço das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores. A definição de justa causa está na própria lei que, no art. 35 trata das causas que justificam a rescisão do contrato pelo representado, e no art. 36, das causas pelo representante. Interessante notar que o art. 34 tratou do tema apenas sob o ângulo do representante no que tange a indenização, embora admita a denúncia por qualquer das partes, denotando que não cabe indenização ao representado caso esse denuncie o contrato. Essa percepção fica mais evidente quando o art. 37 estabelece que “*somente ocorrido motivo justo para a rescisão do contrato*”⁵⁵ é que o representado poderá exigir uma indenização pelos danos causados, podendo, inclusive, promover a retenção de comissões.

60. Os contratos de franquia não possuem tratamento expresso sobre prazo ou condições para denúncia, embora da leitura do artigo 2º, da Lei de Franquias, seja possível depreender que se trata de uma informação que deve constar da COF, previamente, para informar devidamente o potencial franqueado.

e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e **da racionalidade econômica das partes**, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

⁵⁴ Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

⁵⁵ Art. 37. Somente ocorrendo motivo justo para a rescisão do contrato, poderá o representado reter comissões devidas ao representante, com o fim de ressarcir-se de danos por este causados e, bem assim, nas hipóteses previstas no art. 35, a título de compensação.

61. Com relação à Lei Ferrari, é preciso recorrer ao art. 22, que trata da resolução do contrato. Dele se extrai que é possível a denúncia do contrato pela parte inocente, mas o §2º determina que, em qualquer caso de resolução, o prazo não poderá ser inferior a cento e vinte dias, contados da data da resolução, para a total extinção das relações e operações do concessionário.

62. Nos casos em que há regulação por lei especial, esta deve prevalecer. Todavia, naquelas em que não há aplicam-se as disposições do Código Civil e, nestes casos, é preciso compatibilizar ao menos três dispositivos: os artigos 113, 421-A e 473, § único. O artigo 113, porque o negócio deve ser interpretado segundo a racionalidade econômica empregada pelas partes, à luz da informação disponível. O artigo 421-A, porque é preciso verificar como as partes alocaram os riscos inerentes à contratação. E, finalmente, o artigo 473, que ao tratar da rescisão unilateral, exige a notificação prévia da outra parte, e ressalva que será preciso considerar se, dada a *“natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”*.

63. A rigor, portanto, à luz do Código Civil tanto é possível invocar, nos contratos de agência e distribuição, o prazo previsto no artigo 720 – noventa dias – mas, também, é possível aplicar outro prazo a partir do que está previsto no artigo 473, §único, o que também compatibiliza com o próprio §único do art. 720 que deixa claro não ser o prazo de noventa dias o único a ser aplicado, porque deixa ao alvedrio do juiz decidir por outro prazo.⁵⁶

⁵⁶ Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.

64. No que respeita ao direito português, cumpre começar por dizer que a denúncia é entendida como uma forma de liberação *ad nutum* ou *ad libitum* dos vínculos contratuais, com eficácia *ex nunc*, não implicando, em regra, o pagamento de qualquer indemnização ou compensação à parte que suporta a produção dos seus efeitos⁽⁵⁷⁾. Distingue-se, nessa medida, da resolução do contrato, dado que esta constitui um «querer vinculado» à verificação de um *fundamento*, legal ou convencional (art. 432/1 do Código Civil), constituindo requisito essencial da resolução a existência de um *motivo* que, aos olhos da lei ou do negócio em curso, seja considerado *razão suficiente* para justificar a atribuição de um *poder exoneratório* a quem a profere. Por outro lado, a resolução tem, como regra, pretensões de *retroactividade*, se bem que esta se revele fortemente limitada nos contratos duradouros (como são todos os contratos de distribuição integrada).

65. A LCA regula explicitamente a denúncia nos arts. 28.º e 29.º (dedicando os artigos 30.º e 32.º à resolução com justa causa).

O artigo 28.º, n.º 1, começa por declarar que a denúncia só é permitida nos *contratos celebrados por tempo indeterminado*, o que tem de ser entendido em termos hábeis, dado que, tendo em conta o fundamento da denúncia, esta deve ser permitida, quer quando as partes não hajam estabelecido prazo de vigência, quer quando a relação contratual se prolongue por um *período de tempo excessivo*, comprimindo, de forma desmesurada, a liberdade de autodeterminação dos sujeitos.

A denúncia, acrescenta a referida disposição legal, tem de ser comunicada ao outro contraente, por escrito, e com uma *antecedência mínima* (prazo legal de *pré-aviso*), que varia consoante o período de duração do contrato: será de um mês, durante o primeiro ano de vigência

⁽⁵⁷⁾ Para aprofundamentos sobre a denúncia no direito português, em especial no que respeita aos contratos de distribuição, cfr., Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 338 ss.

do contrato; de dois meses, a partir do segundo ano; e de três meses, no terceiro ano e seguintes.

Aderindo a uma ideia de *tutela unilateral e imperativa dos interesses do agente* (resultante, aliás, da Directiva comunitária), a lei não só impede as partes de consagrarem prazos de pré-aviso inferiores aos que ela própria estabelece, como também as impede de, caso estipulem prazos mais longos, fixarem prazos assimétricos em prejuízo do agente (art. 28.º, n.º 3).

66. A observância dos prazos de pré-aviso resultantes da lei ou de convenção das partes é, segundo a LCA, uma *condição de regularidade* (e não de validade) da denúncia. Assim sendo, o desrespeito desse prazo não impede a eficácia da denúncia; apenas obriga o contraente faltoso a *indemnizar o outro contraente* pelos danos causados pela falta de pré-aviso (art. 29.º, n.º 1). Sendo o principal a desrespeitar o prazo de pré-aviso, o agente poderá exigir, em vez desta indemnização, uma quantia calculada com base na remuneração média mensal auferida no decurso do ano precedente, multiplicada pelo tempo de aviso prévio em falta (art. 29.º, n.º 2).

67. Sendo celebrados por tempo indeterminado, os *contratos de concessão e de franquía* ficam, naturalmente, sujeitos à denúncia por qualquer das partes. Não se regista, no entanto, unanimidade, quanto aos *prazos de pré-aviso* a observar nesses casos. Tende a prevalecer a orientação segundo a qual, tais prazos deverão ser *mais extensos* do que nas relações de agência, dado que, tanto os concessionário como os franquizados, efectuam investimentos mais avultados do que os agentes⁽⁵⁸⁾.

68. O último aspecto a ser abordado é o da indenização. No Código Civil, a matéria é abordada no art. 715 – que estabelece a indenização nos casos em que, sem justa causa, o proponente deixar de atender as propostas ou

(58) Sobre o ponto, cfr., uma vez mais, cfr., Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 373 ss

adota prática que torna antieconômica a continuação do contrato – e também no art. 718 – que remete às indenizações previstas em lei especial.

69. No âmbito das diversas espécies de contratos de agência e distribuição aqui abordadas, tem-se que nos contratos de franquia não há regulação de indenização propriamente dita, senão uma menção genérica à necessidade de indicar, na COF, possíveis indenizações, sem referir propriamente de que tipo está tratando. Assim, nesse tipo de contrato as partes acabam estabelecendo livremente, segundo suas respectivas conveniências, possíveis indenizações, ou então a matéria regula-se pelo Código Civil.

70. Nos contratos de representação comercial, a indenização é regulada pela lei especial, que estabelece o dever de indenização para o representante caso a rescisão ocorra “*fora dos casos previstos no art. 35*”, ou seja, somente não será devida uma indenização se o contrato for rescindido por motivo justo. Além disso, a Lei n. 4.866, de 1965 prevê um valor mínimo de indenização para contratos de prazo indeterminado (art. 27, letra “j”) e determinado (art. 27, §1º). Assim, tem-se um modelo de indenização tarifada que não exclui contratação entre as partes segundo modelo próprio. O que se objetivou com esse modelo tarifado foi evitar “*as dificuldades e delongas para a composição dos valores devidos ao representante*”, concluindo-se pela impossibilidade da sua redução, sem prejuízo da possibilidade da majoração.⁵⁹

71. A Lei Ferrari, por sua vez, trata o tema estabelecendo que, se o contrato não for prorrogado por iniciativa do concessionário, nenhuma indenização será devida pelo concedente (art. 23, §único). Além disso, trata de forma específica algumas obrigações do concedente em caso de o contrato não ser prorrogado: o dever de readquirir o estoque e de comprar

⁵⁹ NOGUEIRA, Ramon de Medeiros. A indenização a que faz jus o representante comercial. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.866/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721); EC/04: Estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião. Coordenadores Hamilton Bueno e Sandro Gilbert Martins. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 438.

os equipamentos, máquinas e instalações utilizadas pelo concessionário (art. 24). Tais previsões podem ser entendidas como uma espécie de indenização, pois estão relacionadas a ativos específicos que não poderão mais ser utilizados pelo concessionário. A indenização em sentido estrito está prevista nos artigos 24, III, 25 e 26 da mesma lei. Se a infração por cometida pelo concedente, será pago ao concessionário uma indenização equivalente a *“quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão”*, com previsão de uma projeção relativa aos *“dois anos anteriores à rescisão”*. Se a infração por cometida pelo concessionário, a indenização ao concedente será de *“cinco por cento do valor total das mercadorias que deve tiver adquirido nos últimos quatro meses de contrato”* (art. 26).

72. De forma sintética, Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mantim Theodoro de Mello, ainda que consignada em texto anterior à vigência do Código Civil, registraram apontamentos sobre a indenização, que podem ser assim resumidos: a) *“extinguindo-se o contrato ao atingir o termo convencionado, qualquer dano ou lucro cessante que uma das partes experimente é reflexo lícito do exercício de um direito subjetivo, que não gera para o seu titular o dever de indenizar”*; b) *“nos contratos cuja vigência tenha se indeterminado, desde que exercida mediante razoável aviso prévio, previsto no instrumento contratual ou compatível com o vulto do empreendimento e a duração do relacionamento das partes, respeitando-se destarte os princípios da boa-fé e da lealdade entre os contratantes, é meio lícito de extinção do vínculo”*, o que, na sua visão, *“afasta qualquer direito de indenização”*; c) os autores ainda rechaçam *“qualquer indenização objetiva, independente de culpa, ao fornecedor em prol do distribuidor”*; d) também afastam a aplicação das indenizações tarifadas,

previstas em leis especiais, mencionando, expressamente, a representação comercial e a concessão de veículos.⁶⁰

73. Como é possível depreender da análise acima realizada, procurou-se partir do Código Civil, enquanto lei geral aplicável aos contratos de agência e distribuição, para, em seguida, abordar as três principais espécies desses tipos de contrato e suas regulações especiais, demonstrando a falta de uniformidade de tratamento pelo legislador.

74. São múltiplas as *indenizações* que, segundo a ordem jurídica portuguesa, podem resultar da cessação dos contratos de distribuição. Para além da indenização por incumprimento (total ou parcial) do prazo de pré-aviso da denúncia, que acima se referiu, haverá que aludir aqui a três outras compensações possíveis.

Antes de mais, como está bem de ver, a cessação do contrato por *resolução fundada em incumprimento grave ou reiterado das obrigações da contraparte*, confere ao resolvente o direito a ser indemnizado pelos danos que tal incumprimento lhe cause. Trata-se de um expediente compensatório perfeitamente normal, apenas havendo que acrescentar aqui algumas observações:

- a) Em primeiro lugar, o direito de uma parte a ser indemnizada nos termos gerais de direito é *independente da resolução do contrato*, como aliás se afirma no art. 32.º, n.º 1, da LCA;
- b) Em segundo lugar, a LCA portuguesa consagra expressamente a *resolução por justa causa subjectiva* (a que se baseia no incumprimento das obrigações contratuais), estatuinto que a mesma só é possível quando, pela sua gravidade ou reiteração, o incumprimento torne *inexigível a subsistência do vínculo contratual* (art. 30.º, alínea a));

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Huberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil, na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 122, abril-junho/2001, Malheiros Editores: São Paulo, p. 36-37.

c) Em terceiro lugar, a LCA prevê também a chamada *resolução por justa causa objectiva*, estabelecendo que a resolução é possível se ocorrerem circunstâncias (não imputáveis a qualquer das partes) que *tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual*, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia (art. 30.º, alínea b)); nesta última hipótese, diz a lei (art. 32.º, n.º 2), a resolução do contrato confere o direito a uma *indenização segundo a equidade*.

75. Seguramente mais interessante é a *indenização de clientela*, que a LCA portuguesa confere ao agente em caso de cessação do contrato, desde que a cessação não lhe seja imputável e se verifiquem determinados requisitos, positivos e negativos (arts. 33.º e 34.º da LCA). Trata-se de uma compensação *sui generis* que ganhou especial notoriedade no direito europeu após a sua consagração no Código Comercial Alemão, através da «*Handelsvertreternovelle*» de 6.08.1953. É, também, um instituto que suscita numerosas perplexidades e dificuldades de aplicação, tornando-se impossível versá-lo aqui com a desejada profundidade ⁽⁶¹⁾. Limitamo-nos, por isso, a umas breves notas sobre o respectivo fundamento e os pressupostos de que depende a sua atribuição.

De acordo com o entendimento que temos por correcto, a indenização de clientela é uma instituição jurídica peculiar em cujo fundamento se entrecruzam *duas ideias regulativas fundamentais*: por um lado, a realização da *justiça comutativa* – ou seja, a preservação de uma relação de troca justa e equilibrada, que salvaguarde a rentabilidade económica do investimento levado a cabo pelo agente – e, por outro lado, a *prevenção do abuso* – impedindo que o principal se aproveite oportunisticamente de uma situação de vantagem que, a certa altura da execução do contrato, lhe

⁽⁶¹⁾ Para esse efeito, cfr. Pinto, Fernando A. Ferreira, «A indenização de clientela no âmbito dos contratos de distribuição», *Revista de Direito Comercial* (www.revistadedireitocomercial.com), 2019, pp. 1 ss., e, com maior desenvolvimento, Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 543 ss.

seja proporcionada, mercê de um desajustamento que se verifique no funcionamento do sinalagma que deveria interceder entre as prestações das partes. Daí que, do ponto de vista económico, a indemnização de clientela constitua um poderoso *estímulo à realização do investimento específico* que é característico da actividade dos agentes: a *captação e fixação de uma base de clientela* para os produtos do principal.

Em coerência com este fundamento, o agente só tem direito a esta compensação se:

- a) Houver tido um *desempenho meritório* durante a vigência do contrato, angariando novos clientes ou aumentando substancialmente o volume de negócios com a clientela que o principal já possuía;
- b) Após a cessação do contrato, o principal vier a *retirar benefícios consideráveis* da actividade desenvolvida pelo agente, *maxime*, realizando operações comerciais com a clientela por ele angariada;
- c) A atribuição da indemnização se revelar *equitativa*, tendo em conta todas as circunstâncias do caso apreciado;
- d) A cessação do contrato *não for imputável ao próprio agente*.

Tendo presente o que antecede, propendemos a defender, contra a orientação dominante na doutrina e jurisprudência portuguesas, que *não é possível estender, por analogia, o regime legal da indemnização de clientela às restantes categorias de distribuidores integrados* (concessionários e franquizados).

76. Por último, revela-se ainda possível que a cessação de um contrato de distribuição (especialmente, se se tratar de um contrato de concessão ou de franquia) dê origem a uma *indemnização fundada na frustração dos «investimentos de confiança»*, realizados por uma das partes

em vista da execução do contrato. Trata-se de uma modalidade compensatória que não se encontra expressamente prevista na lei portuguesa ⁽⁶²⁾, mas que é aceite pela doutrina, com base na *tutela da confiança* e no *princípio da boa fé* ⁽⁶³⁾.

VII. Bibliografia

Antunes, J. Engrácia, Direito dos Contratos Comerciais, Coimbra: Livraria Almedina, 2009

Ascensão, José de Oliveira, Direito Comercial, vol. II: Direito Industrial, Lisboa, 1988

ASSIS GONÇALVES, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.866/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721); EC/04: Estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião. Coordenadores Hamilton Bueno e Sandro Gilbert Martins. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 200-217.

Baldi, Roberto/ Venezia, Alberto, Il Contratto di Agenzia – La Concessione di Vendita – Il Franchising, 8.ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2008

Barata, Carlos Lacerda, Sobre o Contrato de Agência, Coimbra: Livraria Almedina, 1991

Barata, Carlos Lacerda, Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência, Lisboa: Lex, 1994

BRASIL, TST - ED: 3488020185060006, Relator: Dora Maria Da Costa, Data de Julgamento: 05/08/2020, 8ª Turma, Data de Publicação: 07/08/2020.

⁽⁶²⁾ Ao contrário do que acontece no direito espanhol (art. 29 da Lei sobre o contrato de agência) e no direito austríaco (cfr. o § 454 do Unternehmensgesetzbuch). Vejam-se, também, os arts. 473 e 720 do Código Civil brasileiro.

⁽⁶³⁾ Cfr, desnevolvidamente, Pinto, Fernando A. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, cit., pp. 765 ss.

BRASIL, TST - AIRR: 105747720185030023, Relator: Alberto Luiz Bresciani De Fontan Pereira, Data de Julgamento: 21/10/2020, 3ª Turma, Data de Publicação: 23/10/2020.

Brito, Maria Helena, O Contrato de Concessão Comercial – Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico, Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

Canaris, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 24.ª ed., München: Verlag C.H. Beck, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial, 25ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

Cordeiro, António Menezes, Manual de Direito Comercial, 4.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2016.

Correia, Miguel Pupo, Direito Comercial – Direito da Empresa, 9.ª ed. (com a colab. de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo), Lisboa: Ediforum, 2005

D'ALTE, SOFIA TOMÉ, «O Contrato de Concessão Comercial», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLII, 2001, pp. 1393-1433

DEARO, Ana Carolina Devito. O inadimplemento recíproco no contrato de distribuição: caracterização e consequências. Dissertação de mestrado em Direito Comercial. Orientador Professor Doutor José Alexandre Tavares Guerreiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

Delli Priscoli, Lorenzo, Franchising e Tutela dell'Affiliato, Milano: Giuffrè Editore, 2000

Dias, Maria Gabriela Figueiredo, A Assistência Técnica nos Contratos de Know-how, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Ivridica, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Ebenroth, Carsten-Thomas, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht (com a colab. de Siegfried Obermann), Konstanz: Universitätsverlag, 1980

Emde, Raimond, Vertriebsrecht – Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB – Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht , 2.^a ed., 2011

FALCÃO. Alexandre Targino Gomes. Agência e distribuição no Código Civil brasileiro: regime jurídico unificado de contratos distintos? Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB), ano 3 (2014), n. 9, 6745-6819, Lisboa: Centro de Investigação em Direito Privado (CIDP).

FORGIONI, Paula. Contrato de distribuição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Frigani, Aldo, Il Contratto di Franchising, Milano: Giuffrè Editore, 1999.

Frigani, Aldo, Franchising – La Nuova Legge, Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

Galgano, Francesco (dir.), I Contratti del Commercio, dell'Industria e del Mercato Finanziario, Torino: UTET, t. 3, 1995.

Giesler, Jan Patrick/Nauschütt, Jürgen (dir.), Franchiserecht, 2.^a ed., Köln: Luchterhand/Wolters Kluwer, 2007.

Hampe, Isabelle, «Der Begriff der vertikalen Integration als Schlüssel zum Verständnis der modernen Vertriebsrechts», Zeitschrift für Vertriebsrecht, 1/2013, pp. 21 ss.

Hopt, Klaus, Handelsvertreterrecht – §§ 84-92c, 54, 55 HGB mit Materialien, 6.^a ed., München: Verlag C.H. Beck, 2019.

Küstner, Wolfram/Thume, Karl-Heinz, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, vol. 3: Vertriebsrecht – Reisende, Vertragshändler, Kommissionsagenten, Versicherungsmakler, Franchising, Direkt-, Struktur- und Internetvertrieb, 3.^a ed., Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2009.

Leitão, Luís Menezes, A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência, Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

Martinek, Michael, *Moderne Vertragstypen*, vol. II: Franchising, Know-how-Verträge, Management- und Consultingverträge, München: Verlag C.H. Beck, 1992

Martinek, Michael/Semler, Franz-Jörg/Habermeier, Stefan/Flohr, Eckhard (dir.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 3.^a ed., München: Verlag C.H. Beck, 2010

Martinez, Pedro Romano, *Contratos Comerciais – Apontamentos*, Cascais: Principia, 2001.

Martínez Sanz, Fernando, *La Indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesión*, 2.^a ed., Madrid: Civitas, 1998.

Martínez Sanz, Fernando /Monteagudo. Montiano/Palau Ramírez, Felipe, *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, Madrid: Civitas, 2000

Monteiro, António Pinto, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial (separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998

Monteiro, António Pinto, *Direito Comercial – Contratos de Distribuição Comercial – Relatório*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002

Monteiro, António Pinto, «Os contratos de distribuição comercial: agência, concessão e franquia», in A. Pinto Monteiro (Coord.), *Temas de Direito dos Contratos*, vol. II, *Rei dos Livros/Univ. Portucalense*, 2016, pp. 202 ss.

Monteiro, António Pinto, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 8.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2017

Moralejo Menéndez, Ignacio, *El Contrato Mercantil de Concesión*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi/Thomson, 2007

NOGUEIRA, Ramon de Medeiros. A indenização a que faz jus o representante comercial. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.866/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721); EC/04: Estudos em homenagem ao prof. Rubens*

Requião. Coordenadores Hamilton Bueno e Sandro Gilbert Martins. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 427-443.

Pardolesi, Roberto, I Contratti di Distribuzione, Napoli: Editore Jovene, 1979

Pinto, Fernando A. Ferreira, Contratos de Distribuição – Da Tutela do Distribuidor Integrado em Face da Cessaçãõ do Vínculo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013

Pinto, Fernando A. Ferreira, «A indemnização de clientela no âmbito dos contratos de distribuição», Revista de Direito Comercial (www.revistadedireitocomercial.com), 2019, pp. 1 ss.

Quintáns Eiras, María Rocío, Delimitación de la Agencia Mercantil en los Contratos de Colaboración, Madrid: Edersa, 2000

Quintáns Eiras, María Rocío, Las Obligaciones Fundamentales del Agente, Madrid: Civitas, 2001

Ribeiro, Maria de Fátima, O Contrato de Franquia (Franchising) – Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime, Coimbra: Livraria Almedina, 2001

Santini, Gerardo, Il commercio – Saggio di economia del diritto, Bologna: Il Mulino, 1979

Santini, Gerardo, Commercio e servizi – Due saggi di economia del diritto, Bologna: Il Mulino, 1988

Santos Júnior, Eduardo, Especialização e Mobilidade – Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado – Uma Aplicação: os Contratos Internacionais de Engenharia Global, Coimbra: Livraria Almedina, 2009

Schmidt, Karsten, Handelsrecht, 5.^a ed., Köln: Carl Heymanns Verlag, 1999.

TARTUCE, Flávio. Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência. Anderson Schreiber... [et al.]. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Huberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil, na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 122, abril-junho/2001, Malheiros Editores: São Paulo, 7-37.

Ulmer, Peter, Der Vertragshändler – Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, München: Verlag C.H. Beck, 1969

Vasconcelos, L. M. Pestana de. O Contrato de Franquia (Franchising), 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2010

Vieira, J. A. Coelho, O Contrato de Concessão Comercial, Lisboa: AAFDL, 1991

O modelo português de regulação das sociedades desportivas

Maria de Fátima Ribeiro^{1 2}

Começo por agradecer o convite que me foi endereçado e que aceitei com muito gosto, e por cumprimentar a Comissão Científica deste evento, nas pessoas dos Professores Carlos Farracha de Castro, Fernando Araújo, Oksandro Gonçalves e Ricardo Lupion e da Dr^a. Maria do Rosário Epifânio. Saúdo todos e parabenido-os pela organização de um evento deste tipo, que é sempre tão interessante para todos nós. Cumprimento também os outros painelistas de hoje, o Professor Oksandro Gonçalves, a Professora Viviane Muller Prado e o Professor Fábio Ulhoa Coelho.

Na minha intervenção, que se destinará a fazer uma síntese da situação jurídica relativa ao regime das sociedades desportivas no Direito português, partirei da investigação que tenho levado a cabo desde a escrita do meu livro *Sociedades Desportivas*, para o qual remeto no caso de serem convenientes mais desenvolvimentos em alguma das matérias aqui abordadas³.

¹ Licenciatura em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 1988. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área das Ciências Jurídico-Empresariais, em 1998. Doutora em Direito, na área das Ciências Jurídicas, pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 2009. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Coordenação do Mestrado em Direito e Gestão.

² Para o que interessa no que respeita ao tema: Coordenadora Científica da Pós-Graduação em Gestão e Organização do Futebol Profissional da Escola do Porto da Faculdade de Direito da UCP e Liga Portuguesa do Futebol Profissional; Coordenadora Executiva da Summer School on Sports Governance da Escola do Porto da Faculdade de Direito da UCP; coordenadora e professora da disciplina *Sociedades Desportivas* em pós-graduações e mestrados; autora e coordenadora de diversas publicações no tema das sociedades desportivas; consultora na área das sociedades desportivas; árbitro designado pela Federação Portuguesa de Futebol no Tribunal Arbitral do Desporto.

³ Elencamos aqui algumas das nossas publicações nestas matérias, para aprofundamento dos temas abordados na conferência: *Sociedades Desportivas*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, Porto, 2017; “O regime das sociedades desportivas”, in *Direito do Desporto* (coord. José Manuel Meirim), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, 35-

Com o Decreto-Lei n.º 10/2013 (Lei das Sociedades Desportivas, LSD), visou-se essencialmente impor obrigações e deveres idênticos a todas as entidades desportivas que participam em competições desportivas profissionais. Por essa razão, todas elas deverão agora adoptar a forma jurídica de sociedade desportiva que, a partir de 2013, pode ser sociedade anónima desportiva (SAD) ou – e este aspecto constituiu novidade legislativa – sociedade desportiva unipessoal por quotas (SDUQ).

Existem três formas possíveis de constituição de sociedade desportiva: de raiz, por transformação da associação e pela personalização jurídica da equipa desportiva. A última forma é, sem dúvida, aquela a que mais se recorreu, o que se explica por várias razões, entre as quais pelo facto de, por ela, o clube fundador poder conservar a sua forma associativa, passando a ser sócio da sociedade desportiva (o que não será possível na constituição por transformação) e porque o regime das sociedades constituídas pela personalização da equipa desportiva se caracteriza por uma acentuada tutela dos interesses do clube fundador, mesmo quando ele detenha apenas a participação social mínima exigida, que é de 10% do capital da sociedade (tutela que não existe no caso de a sociedade ter sido constituída de raiz).

Num breve balanço da adequação do disposto no Decreto-Lei n.º 10/2013 à realidade desportiva a que ele se aplica e da reforma do regime

46; “A participação em sociedades desportivas”, in *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018, 311-342; “A insolvência do clube e a sociedade desportiva”, in *Revista de Direito Comercial*, <https://www.revistadedireitocomercial.com/>, 2019, 229-266; “A responsabilidade da SAD pelas dívidas do clube: o artigo 22.º, n.º 4, da LSD”, in *Revista de Direito do Desporto*, n.º 2, 2019, 7-18; “O órgão de administração das sociedades desportivas e a responsabilidade dos seus membros”, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, 1032-1046; “Sociedade desportiva unipessoal por quotas (SDUQ)”, in *Enciclopédia de Direito do Desporto* (coord. Alexandre Miguel Mestre), Gestlegal, Coimbra, 2019, 372-373; “Cooperatives and professional football: can a cooperative be an adequate legal structure for a club? An analysis under the PECOL principles”, in *CES Cooperativismo e Economia Social. Revista da Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo*, número 41 (2018-2019), 25-44; “A alienação, pelo clube fundador de sociedade desportiva constituída pela personalização jurídica da equipa desportiva, da totalidade das acções na sociedade desportiva”, in *Revista de Direito do Desporto*, n.º 6, 2020, 29-49.

das sociedades desportivas que o diploma levou a cabo, cabe salientar alguns aspectos críticos essenciais.

Em primeiro lugar é, a nosso ver, adequada a imposição de constituição de sociedade desportiva sempre que um determinado clube desportivo desenvolva actividades que tenham essencialmente fim lucrativo, independentemente de esse lucro vir ou não a ser obtido. Simplesmente, devia ter-se especificado que aquelas actividades que não persigam esse fim (e até possam pô-lo em causa) deverão continuar a ser prosseguidas pelo clube fundador, enquanto associação (a exemplo do que acontece em França).

Neste ponto, cumpre realçar que, se um clube optar pela via da constituição da sociedade desportiva por transformação, esta possibilidade lhe estará vedada, por o clube “desaparecer” neste processo, enquanto entidade de carácter associativo. Talvez esta seja uma das razões que explicam a quase inexistente adesão a esta modalidade de constituição de sociedades desportivas.

Uma segunda crítica prende-se com a opção legislativa de permitir a constituição de sociedade anónima ou de sociedade unipessoal por quotas. Na verdade, a estrutura e regime da sociedade unipessoal por quotas revelam-se inadequados às especificidades das sociedades desportivas. Salientamos, neste domínio, as debilidades relativas ao governo da sociedade e à exposição do clube fundador (sócio único) ao risco.

Passemos à descrição do quadro normativo da SDUQ. Nesta sociedade desportiva, o sócio único tem de ser o clube fundador, pelo que ela não pode constituir-se por transformação. O clube está impedido de transmitir, por qualquer meio, a sua quota, e ela é indivisível (pelo que uma SDUQ pode ser transformada em SAD, através de uma operação de aumento de capital, mas nunca a partir da divisão da quota). Se o clube pretender constituir mais do que uma SDUQ, cada uma deve ter por objecto uma diferente modalidade desportiva.

O capital social mínimo da SDUQ é, inexplicavelmente, muito inferior ao estabelecido para a SAD em idênticas circunstâncias.

Estabelece-se na LSD que integra a administração da SDUQ, no mínimo, um gestor executivo, o que também não se compreende: na sociedade por quotas, não sendo admitida a delegação de poderes de administração em sentido próprio, não existem gerentes *não executivos*; não tendo o legislador desportivo determinado claramente a possibilidade de delegação de poderes nas SDUQ, é questionável a validade das cláusulas estatutárias que a consagram.

Em bom rigor, a estrutura e regime da sociedade unipessoal por quotas revelam-se inadequados às especificidades de regulação que reclamam as sociedades desportivas. Exemplifique-se com as debilidades relativas ao governo da sociedade. Na sociedade por quotas não será sempre obrigatória a existência de um órgão autónomo de fiscalização, o que depende da dimensão da empresa societária – e, a ser, apenas se impõe que exista um revisor oficial de contas; isto levou a LPFP a ter de consagrar no Regulamento das Competições a obrigatoriedade de uma SDUQ que participe em competições profissionais prever nos respectivos estatutos a existência de um conselho fiscal. Mais: na sociedade por quotas os gerentes devem administrar a sociedade “com respeito pelas deliberações dos sócios” (art. 259.º do Código das Sociedades Comerciais português), o que não assegura uma completa autonomia do órgão de administração da sociedade desportiva relativamente à ingerência do clube fundador.

Cabe salientar que a possibilidade de constituição de sociedades desportivas pelo clube fundador como único sócio poderia ter sido legislativamente assegurada com a criação de sociedades *anónimas* unipessoais (o que, na prática, até acaba por se verificar, uma vez que é possível identificar no panorama das sociedades desportivas portuguesas

casos de SAD que têm, essencialmente, um sócio, ou seja, nas quais os outros quatro sócios têm uma participação social de percentagem verdadeiramente insignificante). Desse modo, deixaria de existir aquilo que, com esta lei, se visou combater: a inexplicável coexistência de dois modelos alternativos e com regimes significativamente diferentes para a participação em competições profissionais.

Outro tema que tem originado graves problemas e conflitualidade no âmbito das relações entre clubes e sociedades desportivas é o da falta de clareza do regime das SAD constituídas pela personalização jurídica da equipa desportiva. Já referimos que se pretendeu, nesta sede, assegurar uma especial protecção do clube fundador.

Esse regime de tutela do clube fundador consiste essencialmente no facto de existirem regras especiais quanto à realização da entrada em espécie; quanto à atribuição de um direito de veto em determinadas matérias; quanto à atribuição do poder de designar pelo menos um dos membros do órgão de administração, com direito de veto das respectivas deliberações em matérias relativamente às quais a lei reconhece ao próprio clube fundador um direito de veto; quanto à possibilidade de, através previsão estatutária, se subordinarem determinadas deliberações da assembleia geral à autorização do clube fundador; quanto à imperativa fixação de adequada contrapartida no contrato pelo qual se titule a utilização das instalações do clube desportivo pela sociedade desportiva; e quanto ao destino das instalações desportivas, se não forem indispensáveis para liquidar dívidas sociais, em caso de extinção da sociedade desportiva.

Em suma, o clube fundador pode deter uma participação minoritária na SAD, participação essa que pode hoje ser de apenas 10% no seu capital social; não obstante, a esse sócio é aplicável um *regime especial*, de atribuição de direitos e faculdades que nunca resultariam da aplicação das regras do regime geral societário, muito menos a um sócio minoritário.

Paralelamente, decorre do regime legal a existência de deveres especiais que, nesta modalidade de constituição de sociedade desportiva, impendem sobre o clube fundador. O essencial é o seguinte: se é certo que, aqui, o clube fundador “*pode* transmitir para a sociedade desportiva, no ato de constituição desta, ou em momento posterior, a totalidade ou parte dos direitos e obrigações de que é titular e que se encontrem afetos à participação nas competições desportivas profissionais da modalidade ou modalidades que integram o objeto da sociedade” (nos exactos termos do n.º 1 do artigo 22.º LSD), gozando nesse domínio de ampla liberdade, a lei não deixa de *impor* a transferência dos seguintes *elementos mínimos*: os direitos de participação no quadro competitivo em que estava inserido o clube fundador, bem como os contratos de trabalho desportivos e de formação desportiva relativos a praticantes da(s) modalidade(s) que constitui(em) objecto da sociedade.

Ainda se regula especialmente esta modalidade de constituição de sociedade desportiva quanto à composição da respectiva firma: determina-se que “a denominação das sociedades inclui obrigatoriamente *menção que as relacione* com o clube ou a equipa que lhes deu origem”.

Pois bem, tem surgido, recentemente, a questão de saber se poderá o clube, depois da constituição de uma SAD por esta via e em caso de conflito insanável com os respectivos sócios investidores (que surge, com frequência, devido a divergências quanto à definição do projecto desportivo), alienar as acções que detenha, de modo a que a sua participação no capital social venha a ser inferior aos 10% referidos no n.º 1 do artigo 23.º LSD. Mais: ainda é necessário responder a algumas questões adicionais, como a de saber se pode então posteriormente o clube, que deixe de ser sócio da SAD que constituiu, retomar a sua participação nas competições da mesma modalidade – constituindo, para esse efeito, uma outra sociedade desportiva, quando ascenda às competições profissionais. Uma outra questão

também muito relevante, no contexto destes conflitos, é a de saber se pode a SAD, depois de o clube deixar de ser seu sócio, continuar a usar os sinais distintivos identificadores do clube que a constituiu.

Todas estas questões encontram resposta no ordenamento jurídico português, mas não directamente no ordenamento jurídico-desportivo; não existindo consenso quanto à orientação a adoptar, o facto de a LSD ser omissa relativamente a estes aspectos fundamentais tem alimentado a controvérsia, permitindo a existência de um nível de insegurança insustentável.

Finalmente, cumpre acrescentar que determinados aspectos de regime da pretendida tutela dos interesses do clube fundador na LSD se revelam de parca adequação ou eficiência, quando tidos em conta os fins que se visam prosseguir. É, nomeadamente, o caso das regras que se propõem salvaguardar o património imobiliário, das que regulam a estrutura organizativa da sociedade desportiva (sobretudo no que respeita à composição do órgão de administração), bem como daquelas que estabelecem limites à participação em sociedades desportivas concorrentes. É certo que a realidade das sociedades desportivas reclama, em vários aspectos, um regime especial, na medida em que está frequentemente em causa a tutela de interesses específicos, distintos daqueles que norteiam o regime geral das sociedades comerciais – mas não parece que o legislador tenha sido totalmente hábil na identificação desses interesses e na escolha dos meios que permitissem assegurar, de modo eficaz e coerente, a respectiva tutela.

Aproveito, agora, para desenvolver um pouco a questão do governo das sociedades desportivas, tendo em conta o específico ponto de vista dos desafios que hoje se colocam aos seus administradores.

Com efeito, sobretudo no âmbito do futebol profissional, a realidade exige agora uma mudança de paradigma: se tradicionalmente se entendia, expressa ou tacitamente, que a aplicação das regras legais e dos princípios

éticos aos clubes e sociedades desportivas deveria ser sempre orientada por um princípio de “tolerância” colectiva relativamente às situações de incumprimento (incluindo, inexplicavelmente, a das entidades e credores públicos), é hoje claro que essa era chegou ao fim – e, sobretudo, que a própria sobrevivência do futebol profissional passa pelo desenvolvimento da sua capacidade de adaptação às regras.

Na gestão desportiva moderna é fundamental a adopção, por parte de todos os agentes envolvidos, de princípios que assegurem que, pelo menos em termos societários, financeiros e éticos, são respeitadas as regras de bom governo a que estão agora sujeitas todas as instituições que têm um papel mais ou menos relevante na economia.

Uma vez que na lei desportiva portuguesa se determina, actualmente, que apenas as sociedades desportivas podem participar em competições profissionais (deixando de ser possível a participação directa dos clubes desportivos), o ponto de partida consistirá, desde logo, em assegurar a adequação do perfil do gestor desportivo às exigências legais relativas aos gerentes e administradores de qualquer sociedade: eles devem imperativamente ter a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções, as quais devem exercer obedecendo a um elevado padrão de diligência.

Estas exigências, que mais não visam do que assegurar uma boa administração da empresa, dão-nos conta de que a gestão das sociedades desportivas tem de passar a ser norteadada pelos princípios e pelos deveres, de cuidado e de lealdade, que são observados na gestão de qualquer outra empresa, passando necessariamente pela profissionalização dos seus gestores – o que tradicionalmente não acontece no âmbito dos clubes (convindo aqui salientar que o facto, frequente, de o presidente da direcção de um clube desportivo acumular essa função com a de gestor executivo

da sociedade por aquele constituída não constituirá então, em regra, solução adequada à boa governação da sociedade desportiva).

Neste âmbito (como, de resto, em tantos os outros), a formação de todos aqueles a quem é confiada, de alguma forma, a gestão desportiva, assume um papel muito relevante (o que é actualmente reconhecido pelas instituições que promovem e organizam o futebol profissional, cada vez mais activamente envolvidas nesse tipo de iniciativas). É necessário que um gestor desportivo saiba claramente quais são as características que se exige que reúna para que possa assumir essas funções. Neste ponto, também a lei portuguesa é omissa relativamente a aspectos cruciais, nomeadamente, requisitos de elegibilidade: é que não está expressamente excluída a possibilidade de serem eleitos para o exercício destes cargos, por exemplo, aqueles que hajam sido punidos por infracções de natureza criminal, contra-ordenacional ou disciplinar em matéria de violência, dopagem, corrupção, racismo e xenofobia. E é lamentável que assim seja, tendo em conta a *occasio legis*: o legislador da LSD pretendeu, assumidamente, promover a transparência e o controlo na administração das sociedades desportivas e nas respectivas contas, para o que não é indiferente, por exemplo, a condenação dos membros dos gestores de sociedades desportivas pela prática de determinados crimes. Deste modo, mais uma vez, a lei ficou muito aquém do que deveria ter previsto.

Por outro lado, o gestor desportivo deve saber que pode ser pessoalmente responsabilizado, pela sociedade desportiva que administra e, eventualmente, por qualquer credor da sociedade, se não exercer essas funções nos termos que lhe são impostos pela lei e, com isso, causar danos à sociedade ou a terceiros. Mas a verdade é que grassa entre os dirigentes desportivos uma generalizada convicção de irresponsabilidade.

Ora, importa referir que, na ausência de norma de direito especial no âmbito das sociedades desportivas, os membros dos respectivos órgãos de

administração (assim como os dos órgãos de fiscalização) ficam sujeitos ao regime de responsabilidade estabelecido no Código das Sociedades Comerciais, no que respeita quer à responsabilidade perante a sociedade (no domínio da chamada acção social de responsabilidade) quer à responsabilidade perante os credores sociais (ou seja, através da denominada acção directa dos credores sociais). Também não restam dúvidas de que se alguém, nomeadamente um sócio da sociedade desportiva, puder ser qualificado como administrador de facto, poderá vir a ser responsabilizado nos mesmos termos em que o seja um administrador de direito. E deve ainda acrescentar-se que as normas de direito societário que determinam a responsabilidade solidária do sócio controlador, por culpa *in eligendo* e por culpa *in instruendo*, são aqui aplicáveis.

Esta responsabilidade resulta sempre da violação dos deveres que impendem sobre os membros destes órgãos societários – relativamente aos quais também não existe especialidade relevante, excepto no que respeita à obrigatoriedade de exercício das funções de administração, na qualidade de membro executivo, “a tempo inteiro”. Assim, por exemplo, uma pessoa que aceite ser administrador executivo de uma sociedade desportiva viola os deveres que sobre ela impendem (*v.g.*, o dever de cuidado) se não tem condições para exercer as suas funções “a tempo inteiro” e sabe que não virá a tê-las – e poderá ser chamado a responder, perante a sociedade, pelos danos que esse ilícito lhe possa ter causado; e também um sócio que possa ser qualificado como sócio controlador (para as normas que consagram a responsabilidade por culpa *in eligendo*, o clube desportivo fundador de sociedade anónima desportiva que resulte de personalização jurídica de equipa desportiva será frequentemente sócio controlador) poderá vir a ter de responder solidariamente com este membro do órgão de administração se, ao designá-lo ou elegê-lo, sabia ou não podia ignorar esta circunstância. Neste contexto, não apenas o património pessoal dos

administradores pode ser chamado a responder, mas também o património do próprio clube fundador.

Acresce ao exposto a possibilidade de os membros do órgão de administração de uma sociedade desportiva (quer se trate de administradores de direito, quer de administradores de facto) poderem vir a responder, com todo o seu património pela totalidade do passivo da sociedades desportiva, pela causação ou agravamento da insolvência da sociedade desportiva, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes factos (tudo nos termos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas): a sociedade desportiva vir a ser declarada insolvente; essa insolvência vir a ser qualificada como culposa; e aqueles administradores virem a ser afectados por esta qualificação.

Finalmente, mas não menos importante: caberá ao bom gestor desportivo, devidamente (in)formado, a hábil tarefa de exercer uma gestão empresarial necessariamente profissional e eficiente, no estrito respeito pelas regras da boa governação, sem deixar morrer, em si e em todos os que se ligam ao fenómeno desportivo, a chama que o alimenta.

Terminado o tempo de que disponho, estou naturalmente disponível para responder a todas as questões que venham a surgir. Quero agradecer a todos os presentes a atenção prestada, aproveitando o ensejo para renovar o meu agradecimento à comissão científica deste evento.

Os desafios da Insolvência em Portugal – Parte 1

Maria do Rosário Epifânio ¹

I. Muito obrigada. Muito boa tarde. É um gosto participar neste primeiro Congresso Internacional de Direito Comercial, a partir de Portugal, mais concretamente da minha cidade, a cidade do Porto. E começo agradecendo à PUC os honrosos convites que me foram dirigidos para organizar e participar no Primeiro Congresso Internacional. Agradeço na pessoa do Senhor Professor Carlos Alberto Farracho de Castro e também na do Senhor Professor Oksandro Gonçalves. Cumprimento o Senhor Professor Doutor Alexandre de Soveral Martins e agradeço a prontidão com que aceitou participar neste Congresso. Saúdo igualmente a Professora Ana Frazão, que integra o painel do dia de hoje.

A situação pandémica que vivemos, desde o início de 2020, veio criar novos desafios ao Direito da Insolvência português, sobretudo no âmbito da recuperação empresarial. As iniciativas legislativas em curso deverão ter presente a experiência dos diferentes modelos recuperatórios que já foram adotados pelo legislador português. Importa, por isso, antes de nos determos sobre as soluções que estão a ser adotadas em Portugal, fazer um breve excuro pela evolução do Direito da Insolvência na última quinzena de anos.

II. Assim, num primeiro momento, que podemos datar no ano de 2004, com a aprovação do Código da Insolvência e da Recuperação de

¹ Doutoranda na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Docente na mesma instituição.

Empresas (diploma que ainda está em vigor neste momento, embora já tenha sofrido profundas alterações), consagrou-se o primado da satisfação dos interesses dos credores. Este diploma legal estava, na altura (em 2004), fortemente eivado de um cariz “creditor friendly”, assim se infletindo a tendência que o antecedeu durante mais de uma década.

Aliás, como se afirma no preâmbulo do respetivo diploma de aprovação, a partir desta data, “o objetivo precípua de qualquer processo de insolvência [passou a ser] a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores”. E assim entendeu o legislador, à data, que ao direito de insolvência competiria a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa apenas sob uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores, que ficaram convertidos, por força da insolvência, em verdadeiros proprietários da empresa.

****interrupção da apresentação para colocação dos slides****

III. Depois, e agora num segundo momento, que podemos datar a partir de 2012 (na sequência da crise financeira “subprime” de 2008), foi aprovado um programa governamental que se designou de “Programa Revitalizar”. Tratou-se de uma iniciativa “que teve por missão otimizar o ambiente legal, tributário e financeiro do tecido empresarial português, tendo em vista a revitalização de empresas economicamente viáveis, que se encontram numa situação financeira desfavorável ou desajustada de seu modelo de negócio”.

E, neste contexto, foi acrescentado ao nosso ordenamento jurídico um novo processo insolvencial, designado de “Processo Especial de Revitalização” (abreviadamente, PER), e que ainda vigora entre nós. É um processo judicial, embora fortemente desjudicializado por forma a permitir uma diminuição do tempo de decisão, vital no contexto destes processos

recuperatórios. Além disso, visou-se facilitar, através deste PER, o ambiente negocial de um plano de reestruturação do passivo que vincule todos os credores – e, portanto, que tenha uma natureza concursal. Pretendeu-se ainda, em simultâneo, garantir a capacidade produtiva da empresa e dos postos de trabalho, bem como a suspensão das ações judiciais (incluindo as ações de insolvência).

Ora, na altura, a doutrina receou que a disciplina jurídica deste PER potenciase uma utilização abusiva do mesmo. E a realidade veio a confirmar este receio, pois o PER transformou-se num pesadelo para os credores e numa autêntica via verde para utilizações fraudulentas. E, assim, um mecanismo que foi pensado para a recuperação empresarial, acabou por proteger em demasia o devedor, pela facilidade de recurso ao mesmo (designadamente, porque era suficiente o acordo de apenas um credor e uma mera autocertificação feita pelo próprio devedor quanto à observância dos respectivos pressupostos). Efetivamente, o PER foi utilizado por empresas inviáveis com o mero propósito de retardarem a declaração de insolvência, assim se prejudicando o regular funcionamento da economia, o Estado, os trabalhadores e, naturalmente, os credores.

IV. E por isso, em 2017, foram introduzidas diversas alterações neste processo especial de revitalização – designadamente, com o intuito de o credibilizar, tornou-se mais exigente o acesso ao mesmo.

Para contrabalançar este acréscimo de dificuldade no acesso ao PER, e porque não se quis em simultâneo perder de vista a tônica na recuperação, em simultâneo (em rigor com algum atraso no processo legislativo, pois foi um ano mais tarde, em 2018) introduziu-se um novo mecanismo recuperatório – o “Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas” (RERE). E, assim, no Direito Insolvencial português passaram a co-existir três instrumentos recuperatórios – ao plano de insolvência e ao PER juntou-se o RERE .

Este novo mecanismo tem sido muito pouco utilizado pelas empresas, porque, muito embora tenha um cariz voluntário e extrajudicial, é excessivamente burocrático e, em consequência, pouco atrativo para as partes, para além de só vincular aqueles credores que voluntariamente participam no mesmo. Ademais, de uma leitura atenta do diploma (confesso aqui que sou muito cética em relação à figura do RERE, e tenho manifestado esse meu ceticismo nos textos que tenho escrito) resulta que esta figura envolve riscos camuflados muito elevados para os credores, devendo assim ser utilizada com cautela pelos mesmos, para que não caiam nas respetivas armadilhas.

V. Por último, e agora chegando ao momento atual. O ano de 2020 está a ser marcado por uma crise pandémica, que obrigou os Estados a adotarem um conjunto de medidas excepcionais e transitórias. E, em concreto em Portugal, e creio na esmagadora maioria dos países (aqui se incluindo também o Brasil), a pandemia causada pelo vírus SARS-cov2 provocou uma grave emergência de saúde pública, que impôs não só uma resposta sanitária, mas igualmente a adoção de um conjunto de medidas excepcionais e transitórias de natureza económica e social.

Em Portugal, em 18 de março foi declarado o estado de emergência, já entretanto renovado por duas vezes. E muito recentemente, dia 6 de novembro último, já no contexto da segunda vaga da pandemia, foi declarado um segundo estado de emergência (preventivo e parcial). Estes estados de emergência obrigaram, por força de uma decisão política, a uma paralisação dos agentes económicos, daí advindo constrangimentos financeiros inelutáveis. Foi neste contexto que foi aprovado o “Programa de Estabilização Económica e Financeira” o qual, entre outras medidas, virá acrescentar ao cardápio de mecanismos recuperatórios já existentes

um novo processo – o “Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas” (abreviadamente, PEVE) – que se juntará, provisoriamente, aos mecanismos já existentes.

Portanto, à trilogia que foi referida acima vai juntar-se (porque, na verdade, ainda está em curso o processo legislativo que terminará muito em breve), um quarto mecanismo recuperatório, que se situa a meio caminho entre o RERE (que é um mecanismo puramente extrajudicial) e o PER (que é um processo judicial híbrido).

Vamomo-no focar, então, no PEVE. Trata-se de um instrumento recuperatório de carácter excecional e temporário – foi desenhado, apenas, para fazer face a esta situação pandémica que, espera-se, termine em breve. Está, por isso, datado e vigorará até 31 de dezembro de 2021.

É um instrumento recuperatório que se aplica tendencialmente a empresas – o legislador acaba por alargar a entidades não empresariais – que estão numa situação difícil ou numa situação de insolvência atual ou iminente, em resultado da pandemia da doença COVID19. Como se demonstra esse nexo de causalidade entre a pandemia da doença COVID19 e a situação em que a empresa se encontra? Para facilitar a prova e porque este é um processo urgente, o legislador contenta-se com a demonstração, através das normas contabilísticas aplicáveis, de que, em 31 de dezembro de 2019, a empresa tinha um ativo superior ao seu passivo. Esta prova é suficiente para demonstrar o nexo de causalidade.

Quanto às características deste PEVE. Desde logo, trata-se de um processo que se pretende que seja célere, super célere. Por isso, é um processo urgente que, por força de estatuição legal expressa, goza de prioridade sobre a tramitação e julgamento dos outros processos insolvenciais – seja o processo de insolvência, seja o processo especial de revitalização.

Ademais, pretende-se a homologação de um acordo entre a empresa e aqueles credores que a empresa venha a designar para participarem

neste processo – é, por isso, nesta medida, próximo do RERE (que não é totalmente concursal, porque só vai vincular aqueles credores que a empresa chamou a participar neste procedimento).

Depois, é um mecanismo recuperatório. E o que se pretende, aqui, é efetivamente recuperar e não, contrariamente ao que aconteceu com o PER, adiar uma insolvência que é inevitável. E, para garantir que recorrem ao processo, apenas, as empresas que efetivamente são viáveis, a lei impõe alguns requisitos. A lei exige que o administrador judicial provisório emita um parecer sobre se o acordo oferece perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa. E impõe ao juiz, no momento da homologação do plano, o controlo da viabilidade da empresa. Este controlo jurisdicional é, aliás, inédito entre nós.

Quanto às vantagens do PEVE, desde logo, uma das vantagens (que, aliás, é típica nestes processos) é a de permitir criar um ambiente negocial mais favorável à obtenção de um acordo. E um dos efeitos clássicos potenciadores desse ambiente é a suspensão das ações para cobrança de dívidas, concretamente das ações executivas. Para além das ações para cobrança de dívidas, também ficam suspensas as ações de insolvência que estejam em curso à data, naturalmente desde que ainda não tenha sido declarada a insolvência.

Outra vantagem é a possibilidade de o acordo obtido vincular os credores que votem contra (em rigor os credores dissidentes) e também aqueles que não venham a participar, nestes processos (porque não querem ou o desconhecem). Se eles forem chamados pela empresa a participar, ficam vinculados pelo acordo – trata-se, assim, de um desvio ao princípio fundamental da eficácia relativa dos contratos. E é permitida porque este acordo vai passar por um filtro, por um controlo de legalidade, realizado pelo tribunal e que legitima essa eficácia externa.

Adicionalmente, este processo garante a manutenção dos serviços públicos essenciais. Durante as negociações, os fornecedores de serviços públicos essenciais, cujo elenco está tipificado na lei, ficam impedidos de suspender ou de resolver os contratos por incumprimentos do devedor na pendência do processo. Esses serviços estão elencados na lei: fornecimento de água, energia elétrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, serviços de comunicações eletrônicas, postais, de recolha e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos.

Para além disso, tem a vantagem (face ao processo de insolvência e à semelhança do PER) de não importar a liquidação ou apreensão de bens do devedor (pois não há lugar a pagamento aos credores). Garante-se, deste modo, que o devedor continuará a dirigir a empresa. É, sem dúvida, um procedimento pouco invasivo.

Depois, tem uma vantagem que também é comum aos outros mecanismos recuperatórios – os benefícios fiscais para a empresa e os credores.

Por último, e constituindo uma novidade no nosso ordenamento jurídico, o PEVE protege o financiamento interno: ou seja, se os credores, os sócios, acionistas ou quaisquer outras pessoas que estejam especialmente relacionadas com o devedor no âmbito deste processo, financiarem a atividade da empresa, vão gozar de um privilégio creditório mobiliário geral graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores; para além de que este financiamento fica também imune à resolução em benefício da massa insolvente.

Quanto às suas desvantagens. Podemos apontar, em primeiro lugar, a publicidade incontornável deste tipo de processos. Efetivamente, o efeito estigmatizante associado ao envolvimento da empresa num processo recuperatório poderá acabar por prejudicar e agravar a sua situação pela desconfiança que gera junto dos seus credores, fornecedores, financiadores.

Uma segunda desvantagem que podemos destacar relativamente ao PEVE é a não suspensão do dever de apresentação à insolvência.

Uma outra desvantagem que tem sido apontada e que foi identificada nos pareceres que foram elaborados no âmbito do processo legislativo é a excessiva celeridade que poderá prejudicar o juízo de viabilidade da empresa.

Em jeito de balanço do PEVE no panorama dos mecanismos recuperatórios que existem no ordenamento jurídico português, podemos concluir que tem a potencialidade de permitir a uma empresa em situação de insolvência atual obter um acordo concursal (isto é, um acordo que vai vincular todos os credores que sejam designados pela empresa). Em simultâneo, permite blindar o seu património através da suspensão das cobranças de dívidas e das ações de insolvência. Por outro lado, também, como vimos, é potenciador do investimento interno.

Estas vantagens não podem, no entanto, abrandar as cautelas que se impõem na utilização destes mecanismos (é preciso lembrar a experiência negativa que tivemos com o PER). E a este propósito, mesmo para fechar, é mais do que oportuna a transcrição do preâmbulo do Decreto-Lei nº 132/93, de 23 de abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência (e sobre a qual devemos refletir):

“Se a expectativa de recuperação financeira da devedora claudica, cessa toda a legitimidade dos sacrifícios impostos, em nome da solidariedade nacional, às múltiplas entidades suas credoras. Os programas de recuperação económica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio”.

É tudo, meus Senhores. Foi um gosto. Estou disponível para as questões que me pretendam colocar. Muito obrigada.

Os negócios fiduciários em Direito Comercial •

*Miguel Pestana de Vasconcelos*¹

I. O tema que me foi atribuído e que eu irei tratar refere-se aos negócios fiduciários em Direito Comercial². Trata-se de um tema muito conhecido no Brasil, desde logo porque há uma lei específica e por isso uma doutrina muito desenvolvida sobre esta matéria. Contudo, nos diversos países na União Europeia é tema pouco tratado ao nível de doutrina, mas que me interessa particularmente.

II. Vou fazer a minha exposição da seguinte forma.

Num primeiro momento, vou traçar as balizas de evolução histórica da figura do negócio fiduciário.

Num segundo momento, vou distinguir as modalidades de negócio fiduciário e expor o seu regime.

Por último, vou focar a minha atenção na alienação fiduciária em garantia e explicar em que medida ela foi uniformizada em termos de direito da União Europeia.

III. A fidúcia ou um negócio fiduciário para garantia é uma figura muito antiga, tendo sido a primeira modalidade de garantia do direito romano. O que sucedeu, sendo um desenvolvimento histórico muito

* Corresponde à conferência realizada no I congresso internacional de direito comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (webinar), 11 de novembro de 2020, organizado pelos professores Ricardo Lupion, o professor Oksandro Gonçalves e o professor fernado Araújo, a quem muito agradeço o amável convite. Manteve-se o estilo oral da apresentação.

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

² Sobre os negócios fiduciários, com muito desenvolvimento, remeto para a minha tese de doutorado, PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Na qual se baseia esta exposição.

interessante, é que no Digesto o termo fidúcia foi apagado e foi substituído por *pignus* ou penhor. Como o renascimento do direito romano na idade média se deu com base no *Digesto*, a fidúcia e, portanto, o negócio fiduciário ou fidúcia manteve-se desconhecido.

Só veio a renascer na Europa, no século 19 por força da investigação desenvolvida pela pandectística de direito romano desenvolvidas na Alemanha. A construção dogmática do negócio fiduciário veio a ser realizado nessa época por uma grande jurista alemão, Relgeslberger. Repare-se que essa constução era necessária já para enquadrar um conjunto de figuras existentes na prática comercial.

Mais tarde, a figura dogmática veio a ser desenvolvida também pela doutrina italiana e, no início já deste século, com grande desenvolvimento, pela doutrina portuguesa. Não há, porém, leis específicas que regulem esta matéria, salvo a lei francesa que consagrou a *fiducie*.

IV. Desenvolvendo agora a sua caracterização, um negócio fiduciário consiste numa estrutura negocial muito simples: A transmite a B o bem em garantia, passando este a integrar o património de B. Caso se verifique o cumprimento da obrigação, ou a propriedade automaticamente se transmite porque funciona cumprimento da obrigação constitui condição resolutiva da transmissão, ou, na fiducia romanística, ou, então, o outro sujeito é obrigado a retransmitir.

O bem pode ser igualmente transmitido, como vemos um pouco mais à frente para que o fiduciante, muitas vezes um banco, o administre. O modelo da fidúcia mais utilizado, tanto em Portugal, como nos restantes países europeus de *Civil Law* é do da fidúcia romanística em que o fiduciário fica obrigado a retransmitir ao bem, depois da satisfação da obrigação garantida, ou no momento em que cesse a gestão dos bens.

V. No direito inglês verificou-se uma evolução diferente. O negócio fiduciário típico do direito inglês é o *trust*. Ele foi desenvolvido já desde a

idade média na Inglaterra, sendo amplamente adotado hoje adotado em todos os países da *Common Law*, como o Canadá, os Estados Unidos, a Austrália, a Nova Zelândia, para além, claro, da própria Inglaterra.

Como disse, o *trust* na essência é um negócio fiduciário, mas um negócio fiduciário com características muito próprias, porque ao contrário do direito continental, na *Civil Law*, não se admite a cisão do direito de propriedade, ao contrário do que sucede na *Common Law*. Ora essa divisão do direito de propriedade é essencial no *trust*. Na verdade, verifica-se a divisão entre a propriedade do o *trustee* e a propriedade do beneficiário ou *beneficiary*.

Como disse, a cisão do direito de propriedade não é admitida na *Civil Law*, porque, por força do princípio da tipicidade, o conteúdo dos direitos reais está definido na lei e não podem ser criados pela autonomia privada outros direitos reais diversos do que os que a lei prevê (*numerus clausus* de direitos reais).

Por essa razão, ele não é passível de ser adotado fora da *Common Law*, ou seja dos ordenamentos de raiz anglosaxónica.

A figura semelhante no que diz respeito à função - mas não a estrutura - desempenhada dos direitos continentais é o negócio fiduciário. É, aliás, interessante observar que a alienação fiduciária em garantia no Brasil nasceu nos anos sessenta do século passado de uma tentativa, com muito sucesso, de adaptação duma figura tirada direito anglosaxónico, que é o *trust receipt*. Ou seja, para adaptar, o *trust* recorreu-se ao negócio fiduciário.

VI. Visto isto, vou então passar a focar-me exclusivamente no negócio fiduciário romanístico, aquele em que o fiduciário tem posteriormente o dever de retransmitir o bem ao fiduciante. Ele têm, como disse, duas modalidades: para garantia ou para administração. Esta última modalidade é muito comum no âmbito bancário, especialmente no que diz respeito aos

valores mobiliários. Transmite-se um bem, um conjunto de valores mobiliários, a um banco que depois os administra e assume o dever de os retransmitir, ou aqueles que tenha adquirido em sua substituição, decorrido o prazo da gestão. A outra modalidade - a que nos começamos no início desta conferência a referir - consiste em transmitir um bem em garantia do cumprimento de uma obrigação.

VII. O problema central dos negócios fiduciários para administração ou gestão é o da posição do fiduciário, ou seja, o que acontece se o fiduciário, que é o que é o titular do bem, for declarado falido? Ele deixa de o poder retransmitir e o fiduciante arrica-se a perdê-lo. Não há uma solução direta em nenhum ordenamento jurídico. A única solução que existe para este caso foi desenvolvida pela jurisprudência alemã, seguida pela doutrina, que distingue entre a propriedade econômica e a propriedade formal, para proteger o fiduciante considerado aquele que é o titular da propriedade econômica.

Nos outros países, essa situação foi tratada com grande detalhe na Suíça devido ao papel dos bancos suíços na administração dos bens, depois na Itália, e eu acabei por tratar a questão aqui em Portugal, na minha tese de doutorado. Os suíços procuraram resolver a questão por via de disposições internas do mandatato sem representação (que no Brasil corresponde ao contrato de comissão), aplicando uma disposição do Código Civil suíço nos termos da qual os bens transmitidos ao fiduciário são, em certos termos, impenhoráveis. Essa solução foi depois incluída no código italiano, no âmbito do mandato sem representação.

Por sua vez, esta lei influenciou decisivamente no código português também no mandato sem representação. A regra é ao art. 1184.º do Código Civil, de acordo com a qual bens que o mandatário haja adquirido em execução do mandato e devam ser transferidos para o mandante não respondem pelas obrigações daquele. Consequentemente, esses bens não

podem ser penhorados em ação interposta pelos seus credores nem incluídos na massa falida, se ele for mais tarde declarado falido.

Eu sustento que esta regra do mandato sem representação pode ser aplicadas a outros contratos que tenham uma estrutura fiduciária, desde logo os outros contratos de administração de bens.

VIII. Os negócios fiduciários na sua segunda modalidade desempenham uma função de garantia, sendo essa figura a prevista na alienação fiduciária em garantia do direito brasileiro. É o caso de um sujeito transmitir as ações a outro para que para garantir um determinado contrato de mútuo, abertura de crédito, antecipação bancária, etc.. O outro obriga-se a gerir o bem, e, cumprida a obrigação garantida, de capital e de juros, obriga-se a transmitir esse mesmo bem.

Estes negócios não eram e continuam a não ser admitidos em termos gerais em diversos Estados europeus. Assim, no código Holandês, de 1992, que é um código recente, a fidúcia é nula, sendo convertida em penhor. Em Espanha, os negócios fiduciários são requalificados como penhores.

IX. A questão tal como eu vejo é a seguinte: o negócio fiduciário em si consiste em uma determinada estrutura que visa uma certa função. A estrutura assenta na transmissão do bem e nos vínculos que decorrem do negócio à sua retransmissão.

Ora bem, se tivermos em conta que é este elemento, esta estrutura, o elemento decisivo, podemos identificar outros negócios diversos negócios típicos que a adoptam.

Assim, por exemplo a venda a retro, que os franceses nos anos 80 do século passado utilizaram justamente desempenhar em funções garantia em operações sobre valores mobiliários.

O mesmo sucede com o *leasing*, na modalidade de *sale and lease back*. É um negócio fiduciário assente em dois contratos, um contrato de venda

do bem à sociedade de *leasing* e, ao mesmo tempo, entre os mesmos sujeitos, o contrato de *leasing* em si (tecnicamente é uma coligação de contratos celebrados entre os mesmo sujeitos). O primeiro visa transmitir a propriedade do bem e conceder crédito; o segundo, pagamento do capital mais os juros através das rendas. Trata-se, nessa medida de um negócio fiduciário típico de grande alcance.

Um outro negócio fiduciário típico como nos mercados financeiros é o reporte, também designado nos ordenamentos anglosaxónicos por Repo, ou *sale and repurchase agreement*. O reporte, tanto em Portugal como em Itália, é um negócio típico. Em termos técnicos, consiste numa venda e uma revenda, tendo por objeto os mesmos bens, e concluídas ao mesmo tempo, embora a revenda só produza efeitos a prazo. Assim, p. ex., A vende a B ações que lhas revende imediatamente, tendo esta revenda efeitos a termo (p. ex., 4 horas, 1 semana, 1 mês, etc). A diferença do preço da venda para o preço da revenda consiste pura e simplesmente na diferença entre o valor do capital acrescidos dos juros na revenda. A titularidade das ações ou de outros valores mobiliários desempenha um papel de garantia.

São, pois, claramente de negócios fiduciários em garantia. E, como referi, os reportes são essenciais nos mercados de derivados, ou derivativos (*derivatives*), e nas operações monetárias do banco central. Portanto, nessa medida, havendo aceitação do negócio fiduciário típicos com esta abrangência, não há razão para impedir um negócio fiduciário atípico, a não ser quando a lei expressamente o impeça.

Veja-se, a título de exemplo, que na Alemanha a estrutura das garantias do comércio é uma estrutura fiduciária. E, é uma estrutura que funciona bem, reconhecida pelos tribunais, e muito trabalhada pela doutrina.

X. Agora, e esse último ponto que eu queria tratar, e parece que talvez seja um dos pontos mais interessantes da exposição em termos de novidade, tem a ver com o seguinte.

Na União Europeia não temos qualquer unificação do direito das garantias, assim como não temos nenhuma unificação no que diz respeito ao direito da falência ou insolvência. São matéria reguladas unicamente pelo direito interno dos diversos Estados.

Contudo, num desenvolvimento muito interessante, foi consagrada, por via de diretiva, a alienação fiduciária em garantia num âmbito alargado. O que significa que existe hoje um regime uniforme nos diferentes países da União Europeia. Essas diretivas denominam-se *collateral directives* e a primeira é de 2002 (A Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6/6/02 alterada depois pela Directiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6/5/09).

Elas consagraram os contratos de garantia financeira de que a alienação fiduciária em garantia é uma modalidade (a outra é o penhor financeiro). Em rigor, por força de algumas vicissitudes do desenvolvimento do processo legislativo da sua feitura da diretiva, o seu âmbito é muito amplo, podendo desta forma ser garantidas quase quaisquer obrigações pecuniárias, nas relações ente os bancos e as sociedades comerciais.

Por conseguinte, os diferentes Estados que não admitiam a alienação fiduciária em garantia foram obrigados a consgrá-la no âmbito, e com os limites, da Directiva. Mas, mais do que isso, criou-se um regime uniforme para essas modalidades de garantias na insolvência e falência, que é especialmente sólido e protetor do beneficiário da garantia. Com efeito, as garantias não podem ser atingidas no processo insolvencial ou falencial. O administrador da insolvência é obrigado a cumprir estes contratos.

Portanto, em termos da União Europeia temos nesta sede o que eu denomino uma “super garantia”, porque é uma garantia totalmente “blindada” na falência do devedor.

Reflexiones generales del derecho civil peruano ante la crisis sanitaria y económica generado por la Covid-19

Roger Vidal Ramos ¹

Es importante precisar que el código civil peruano de 1984, como diversas codificaciones de nuestro continente, tanto la brasilera como la argentina de reciente codificación en nuestra región, mantienen principios contractuales muy trascendentales, entre los cuales se destaca el principio de autonomía privada, que permite a los contratantes de derecho privado (personas naturales y jurídicas), puedan pactar diversos contratos y establecer cláusulas conforme a sus intereses, y como segundo principio contractual, no menos significativo se encuentra el principio de fuerza obligatoria, todo contrato una vez suscrito, genera los efectos obligatorios y no pueden ser modificados salvo por acuerdo estricto arribado por las partes.

En el derecho civil peruano, desde la integración contractual se mantiene vigente el principio del equilibrio económico y jurídico, se destaca mucho que se debe conservar el equilibrio en cualquier tipo de contrato (dígase en la compraventa, comodato, y arrendamiento, mutuo, donación, transacción extrajudicial, dación en pago, etc.). A su vez es necesario respetar en forma absoluta el consentimiento, como la aceptación expresa

¹ Doctor y magister en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estancia de investigación en el postdoctorado de la Universidad Católica de Paraná - Brasil. Profesor en las facultades de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, San Martín de Porres, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Universidad de Huánuco. Director del Capítulo Peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

para poder modificar el plazo de contrato, el monto de una renta o quizá condiciones suspensivas.

Es de destacar la presencia obligatoria del principio de la buena fe contractual, según los alcances del artículo 1362 del código civil peruano. El código civil peruano indica que la buena fe contractual indefectiblemente debe estar presente en la negociación, la celebración y en la última fase de la ejecución del contrato, es importante destacar la Ley de Arbitraje del Perú, fortalece y amplía la presencia de la buena fe, agregando su presencia en la terminación o culminación del contrato, aporte presente en el artículo 14, respecto a la integración de terceros no suscriptores del convenio arbitral bajo la figura de la parte no signataria.

Los diversos principios contractuales del derecho civil peruano, son uniformes con las diversas codificaciones latinoamericanas y europeas, pero sin embargo, en los momentos que se generó la crisis sanitaria y económica de la Covid-19, muchos países han tenido que aplicar estos principios contractuales, sea de manera positiva o negativa, en favor del acreedor o del deudor, a fin de dar una solución a las controversias que se generaron por impago de rentas de los contratos de arrendamiento de tipo comerciales o para uso de vivienda-habitación, la larga cadena de los impagos generaron un panorama contractual oscuro, los cuales se extendieron a otros contratos: suministro, compraventa, usufructo, superficie, locación de servicios y contrato de obra, el período de congelamiento de las obligaciones dinerarias, lo anterior ha sido muy ajeno al aparato productivo (pesquero, minero, construcción, hidrocarburos, etc) entre marzo a agosto del 2020 en el contexto peruano.

Pero de manera excepcional actividades empresariales como minería, fabricación y transporte de alimentos, salud, no fueron paralizados, esto bajo la política estratégica del estado peruano en brindar una respuesta

adecuada ante la emergencia sanitaria, pues permitió que algunas actividades empresariales o comerciales no fueran paralizadas y se hayan mantenido operando a fin de no suspender la entrega de servicios esenciales para el funcionamiento del estado peruano y en beneficio de la población en general.

Ante esto, nos encontramos en la disyuntiva, antes del estado de emergencia decretado por el estado peruano (emergencia sanitaria de la Covid-19 por fuerza de ley), pues considerando que muchos contratos vigentes, se encontraban en una ejecución normal del *iter contractual*, pero en consecuencia de la crisis generado por Covid-19 se ingresó inevitablemente a una cadena de impagos e incumplimientos, bajo la presencia del caso fortuito o fuerza mayor e ingresamos ante el gran dilema, que ninguna persona jurídica o natural, quiso encontrarse, la interrupción de la cadena de pagos y la posibilidad de la culminación de diversos contratos, como última medida excepcional ante la más severa crisis económica peruana.

El ejemplo más importante que se ha generado en el Perú se encuentra representado por el contrato de arrendamiento. Bajo la postura que, en el mercado de arrendamientos peruanos, se agrupan en dos tipos, el primero de uso para vivienda-familiar, y el segundo para el uso estrictamente comercial (centros comerciales, restaurantes, tiendas, escritorios de abogados, depósitos y oficinas en general).

Es relevante efectuar una diferencia entre el arrendamiento para vivienda familiar y el arrendamiento de uso comercial o empresarial, durante los meses más complicados del estado de emergencia “fuerza mayor” establecido por el gobierno peruano, las personas naturales y familias permanecieron protegidos en sus domicilios, en las etapas más extremas de la cuarentena obligatoria, y en reiteradas oportunidades sin el cumplimiento del pago de renta en favor de los acreedores, absolutamente

distinto a lo acontecido en las oficinas de empresas (ingenieros, abogados, arquitectos y diversas empresas) que no retornaron a los espacios físicos y debían de seguir pagando las rentas fijadas en los contratos de arrendamiento, con una expresa imposibilidad de uso y disfrute de los espacios físicos, que se extendió a otros negocios (restaurantes, educación, hotelería, turismo, cine y entretenimiento) la modalidad del teletrabajo dejó de ser una alternativa a forjarse como la práctica más usual en el ámbito laboral peruano e internacional.

Ante la ola de la real imposibilidad del uso y disfrute de los arrendamientos comerciales, surgió entre deudor y acreedor, el punto controvertido ante la falta del uso de los espacios físicos de los inmuebles era pertinente renegociar los contratos y lograr bajo el principio de equidad, la reducción de la renta de mutuo acuerdo o quizás la resolución del contrato por falta de pago.

Como efecto natural, surgió una grande disyuntiva, que no fuera ajena a la comunidad jurídica y política peruana, ante los meses más complicados de la pandemia (de marzo al mes de agosto del 2020), en el Perú el estado de emergencia era absoluto, con lo cual estuvimos ante una imposibilidad permanente y/o pasajera de restablecer las relaciones contractuales en fase de ejecución con normalidad antes de la covid.19, pues hasta la fecha no se logró la recuperación económica.

Ante la necesidad de brindar una respuesta comercial más que jurídica, muchos contratantes y empresarios en común intención decidieron modificar las prestaciones pactadas, reduciendo el pago de la renta y en otros sectores industriales, redujeron la entrega de volúmenes de los suministros en minería, hidrocarburos y de construcción a fin de que puedan cumplir con el pago o el cronograma de refinanciamiento y de seguir manteniendo a flote la relación comercial y ampliar las líneas de crédito y su calendario de pago.

Este es un claro ejemplo de lo que sucedió en el Perú, tal vez en Brasil y en otros países, mientras que bajo la protección del paraguas del contrato de arrendamiento, el inquilino conservó la tranquilidad de poder permanecer en su hogar en el estado de emergencia o desde su casa trabajando en el teletrabajo, pero sin pagar la renta, por haber perdido el trabajo o no mantener posibilidad del pago de la contraprestación por la quiebra de su negocio, ante la crisis económica peruana y mundial.

En notoria diferencia de los arrendamientos comerciales, como bares y restaurantes, no mantenían un flujo de consumidores o de clientes, con lo cual también se generó la reducción de la cantidad de trabajadores, lamentablemente muchos negocios de restaurantes, tiendas comerciales, cines y bares, quebraron, sin haber logrado reactivar o retornar el consumo rentable antes de la pandemia.

A fin de analizar el impacto de la covid-19 en el contrato de arrendamiento, es importante siempre diferenciar que no es lo mismo un arrendamiento para vivienda, de un arrendamiento de uso comercial o para negocio, y por ello que las consecuencias del impago de rentas dinerarias y culminación de los contratos mantienen distintas implicancias.

Sucedió en el contexto peruano que la mayoría de empresarios, contratantes y bajo la aplicación de la buena fe, han suspendido los contratos sin derecho a resarcimiento o indemnización, por decir, durante cuatro meses existió la imposibilidad de utilizar el local comercial, y esos cuatro meses el propietario aceptaba no cobrar la renta, y a su vez se suspendiesen el pago del derecho a un resarcimiento, a fin de no acudir a las instancias judiciales y arbitrales, y seguir manteniendo el vínculo contractual, diversos contratos se modificaron con adendas respecto a la reducción de rentas o de plazo, o resolución contractual en mutuo disenso a fin de culminar el contrato de arrendamiento.

Otra forma que optaron los contratantes fue la resolución parcial de los contratos, en relación con el contrato de distribución o de suministro (maquinarias, insumos químicos, o de alimentos), al mantener la certeza de que el deudor estaba, imposibilitado de poder pagar o cumplir con la contraprestación económica, se resolvieron de manera parcial ciertas prestaciones de contratos de suministro.

No menos importante, resulta analizar el tipo de negocio y de contratos bajo la condición de que el Perú es un país minero, la minería no ha sufrido suspensión alguna de actividades, bajo esta condición de operabilidad en el mercado, una empresa vinculada al sector minero no podía ampararse al supuesto no imputable de caso fortuito o fuerza mayor, bajo el argumento que su negocio o su línea de comercio no podía operar por causas generadas por el estado de emergencia sanitario, ante eso era imposible no cumplir con el pago de obligaciones dinerarias, porque la industria de la minería si estaba autorizada y pues el gobierno peruano le permitió comercializar sin restricción a toda su amplia cadena de suministros, proveedores, sub contratistas y negocios coligados o vinculados con el negocio de la industria minera.

No existe un estándar único para brindar tutela civil a los problemas contractuales generados por la pandemia y, vamos a ver más adelante algunas fórmulas que el código civil peruano nos otorga para poder renegociar los contratos. Distinto fue lo que aconteció en Brasil considerando que se emitió una norma legal que imponía a las partes un deber de renegociar los contratos, algo parecido sucedió en España, Italia y Alemania, pero en el Perú no surgió algún tipo de norma dictada por el parlamento o por el poder ejecutivo. donde el estado impusiera a los privados el deber de renegociar los contratos en un contexto de pandemia.

Es imprescindible que el parlamento y la comunidad jurídica peruana, logre generar un debate y plantear una propuesta legislativa

integral, y no enfocarnos exclusivamente en el contrato de arrendamiento, es oportuno proponer una legislación, que permita en forma amplia establecer una pauta contractual (extensa y especial) respecto de los negocios e industrias en las actividades: agropecuarias, de pesca, minería e hidrocarburos, manufactura, suministro (electricidad, agua, gas y luz), construcción, transporte, almacenamiento, y todo tipo de comercio, incorporando los diversos emprendimientos (restaurantes, centros comerciales y diversos) y lo más amplios negocios vinculadas a las Mypes. Con una ley integral se podría proteger en su conjunto a los sectores sensibles (personas naturales y jurídicas) de la economía peruana.

De retorno con el código civil peruano, si bien no mantiene una cláusula o una institución que obligue las partes a renegociar los contratos, sin embargo, en algunos contratos de montos muy altos, sobre todo en la industria de la minería, hidrocarburos, construcción y de suministro de alimentos, existen las cláusulas escalonadas, que primero permiten a las partes establecer una fase previa o trato previo “obligatorio de cumplir con el procedimiento” que representan conversaciones y negociaciones, en las cuales las partes antes de acudir un proceso judicial o arbitral mantienen vigente la posibilidad de arribar a algún tipo de acuerdo a fin de no llegar a un conflicto judicial o arbitral. Es destacable resaltar que la cláusula escalonada en muchos contratos de montos económicos muy altos, lograron que las partes de común acuerdo, mantengan el vínculo contractual-comercial, sin que exista la presencia de una fuerza obligatoria generada por un artículo del código civil peruano u otra norma legal conexa, que imponga a las partes el deber de renegociar los contratos, solo vasta aplicar la presencia de la buena fe contractual, para lograr modificar los plazos, reducir prestaciones y con ello lograr conservar el contrato, que resulta relevante en el mercado económico peruano.

Otro tema relevante en el derecho de contratos peruano, se sitúa en el aspecto de la resolución contractual, pues existe la posibilidad que los contratantes acuerden el “requerimiento previo” con una comunicación por un plazo de 15 días calendario, por el cual el acreedor le indica al deudor, cuál es el incumplimiento generado en su perjuicio o diversos aspectos no ejecutados, y le brinda una posibilidad al deudor a fin de retomar la lealtad contractual y decida proseguir con el *iter contractual* con normalidad, conforme a lo establecido por el artículo 1429 del código civil peruano y en forma posterior la resolución contractual de pleno derecho, según lo prescribe el artículo 1430.

La regla del requerimiento previo ante la resolución contractual, puede ser interpretada como una invitación a una renegociación del contrato, esto bajo la pauta de que el deudor puede modificar esta conducta negativa de incumplimiento, bajo una concesión o entendimiento proporcionada por el acreedor en fijar nuevos acuerdos a fin de mantener vigente el contrato, en consecuencia, este plazo de 15 días representa una fase de renegociación contractual ante una eventual propuesta del cumplimiento de la prestación y de esta forma seguir conservando el vínculo contractual.

Otra figura que se encuentra en el código civil peruano, se representa en el “mutuo disenso” regulado en el artículo 1313, acuerdo que permite que los contratantes dejen sin efecto una o varias obligaciones respecto de un contrato, pero sobre todo que no generen ningún tipo de indemnización o resarcimiento a la contraparte, también se puede extender a la suspensión temporal de la relación contractual o ante una imposibilidad de pagar la deuda dineraria y esta alternativa de alguna forma permite a las partes que no generen procesos judiciales o arbitrales.

Como instrumento de autodefensa contractual, la excepción de incumplimiento puede presentar dos caras: de una parte, se manifiesta como

un instrumento particularmente eficaz para la tutela de los intereses de las así llamadas partes débiles de las relaciones contractuales, en cuanto veloz, poco costoso y capaz de salvaguardar, tanto la existencia del contrato, como, y sobre todo, su plena y puntal ejecución; pero de otra parte, y por las mismas razones, si es usada por la parte fuerte, es capaz de perjudicar de manera excesiva y desproporcionada el interés del consumidor².

En el Perú los sectores empresariales: minero, construcción, hidrocarburos, alimentos, limpieza, farmacéutico, bancario y el sector de salud privado, durante los meses más radicales de la suspensión de actividades comerciales por la pandemia, nunca han sufrido ningún tipo de paralización, han seguido operando con autorización e incluso con incremento de transacciones y productibilidad.

El contrato como amplia expresión de libertad, equidad y reciprocidad mantiene en forma recóndita una posibilidad de “*riesgo de incumplimiento*” que podría ser atribuible al deudor, acreedor, tercero y por hechos ajenos a los contratantes (caso fortuito o fuerza mayor, como fuera el covid-19³ y la crisis financiera mundial) sin embargo, si bien la resolución como remedio contractual, permite a la parte perjudicada culminar el vínculo contractual por causa justificada, la contraparte mantiene como medio de defensa la figura de la excepción del incumplimiento, regulada en el artículo 1426 del código civil peruano, permitiendo recuperar o restablecer la ejecución normal del contrato.

² BENEDETTI. Alberto. La excepción de incumplimiento del (y contra el) contratante débil en el derecho italiano Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio de 2011, pp. 259 a 270

³ LEON HILARIO. Leysser. Covid-19, crisis sanitaria y retos del derecho civil: Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales. *En*: Gaceta civil & procesal civil. Abril 2020 • N° 82 P.30: “El problema es que muchos colegios han impuesto a los alumnos las clases virtuales. Esta medida es arbitraria, porque modifica unilateralmente el contrato y vulnera el derecho de los contratantes del servicio educativo que no están de acuerdo, por cualquier razón, con que sus hijos reciban educación a distancia, o que no disponen de los equipos necesarios para acceder a ella. Los padres de familia podrían oponer a sus contrapartes la excepción de incumplimiento o resolver el contrato”.

La reciprocidad contractual, implica la colaboración en sentido amplio y bajo la observancia de la buena fe absoluta, que deberá de ser ejercida por los contratantes (acreedor y deudor) a fin de brindar la cooperación, y de lograr la ejecución idónea del contrato y con ella obtener el máximo beneficio económico según el marco contractual establecido.

En general, es importante acotar que muchos abogados, empresarios y personas ante la extensión de la crisis económica, han decidido por optar por otras instituciones del código civil, como la transacción extrajudicial, la cesión de derechos, la condonación, y la subrogación que bajo el paraguas de la buena fe contractual han permitido generar autotutela contractual en forma directa por los contratantes, sin la necesidad de mantener una norma jurídica que obligue acudir a la renegociación de los contratos, tentación académica y jurídica que se generó en los meses más complejos del estado de inamovilidad y mínima circulación de las personas en las diferentes ciudades peruanas.

Conforme a lo expuesto el código civil peruano, no mantiene un artículo o una institución que obligatoriamente imponga a las partes el deber de renegociar los contratos, pero, sin embargo, conforme a las instituciones del derecho de contratos y de las obligaciones establecidas, bajo el criterio de interpretación integral de la buena fe contractual los abogados, jueces y árbitros deberán de recurrir a las figuras reguladas, como son: la excesiva onerosidad de la prestación o la acción por lesión, aplicables ante un suceso real y acreditado de la pérdida del equilibrio económico y jurídico en perjuicio de la “víctima contractual”, dígase persona natural o jurídica mantienen ampliamente el acceso a la justicia contractual peruana.

Es pertinente señalar que en sede peruana, no ha hecho falta regular con una ley especial por pandemia en materia contractual, como sucediera en el caso de Brasil⁴ y muchos países, la gran mayoría de personas jurídicas o naturales, han recurrido a este viejo amigo de 37 años, es decir el código civil y a su vez han acudido a instituciones muy conocidas, como la transacción extrajudicial, mutuo disenso, condonación, cesión de deudas, subrogación, cesión de posición contractual y la aplicación de la renegociación por acuerdo de la cláusula escalonada y de la resolución contractual con requerimiento previo, pues en tiempos de pandemia, se requiere un acreedor paciente, honesto y racional en entender que si no brinda un salvavidas contractual transitorio a su deudor, la crisis económica podrá intensificarse hasta culminar la relación contractual con deudas impagas muy elevadas.

La cadena de pagos de diferentes negocios y actividades empresariales, han sido interrumpidas por causas ajenas a la voluntad de los contratantes, a manera de ejemplo, muchas relaciones comerciales se encuentran estructuradas bajo el ámbito de contratos (típicos, mercantiles o modernos), como: “Suministro, distribución, locación de servicios, superficie, usufructo, comodato, mandato, franquicia, ejecución de obra, intermediación laboral, tercerización, entre otros” que han sufrido una paralización en su ejecución, bajo diferentes contextos y efectos distintos, según las limitaciones o no establecidas por las excepciones fijadas por el estado de emergencia establecido por el estado peruano en el periodo 2020.

Consideramos, que la autonomía privada representa la libertad más importante concedida por el Estado a la persona natural o jurídica, con

⁴ Ver. VIDAL RAMOS, Roger. ¿Es necesaria una propuesta legislativa integral en la contratación privada ante el COVID-19? ¿A propósito de la reciente experiencia en Brasil? Jueves 16 de abril del 2020. <https://laley.pe/art/9566/es-necesaria-una-propuesta-legislativa-integral-en-la-contratacion-privada-ante-el-covid-19-a-proposito-de-la-reciente-experiencia-en-brasil>

este pleno poder absoluto, bajo los límites excepcionales fijados por la ley, con amplia libertad se ejercita la libertad de vincularse con diferentes personas, negociar las condiciones o cláusulas y finalmente conservar intacto el derecho (con justa razón) de retirarse de alguna negociación o culminar un contrato conforme al marco contractual lícito.

Asimismo, los postulados sobre la buena fe se encuentran vinculados a la libertad contractual y al contrato en sí en nuestra legislación. Volviendo acotar, en el artículo 1362 se establece que: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Finalmente, consideramos que la pandemia de la Covid-19 ha generado muchos retos, al código civil peruano de 1984, pues es evidente se avizoran algunas nuevas modificatorias parciales acorde a los retos generados por la crisis sanitaria, pues se requiere muchos cambios, que en su mayoría se encuentran propuestos en el anteproyecto de reforma del código civil del 2018, es pertinente incorporar el principio contractual de la buena fe en el título preliminar, siempre bajo reglas consensuales de equilibrio, a fin de que las partes puedan renegociar los contratos con libertad contractual y no de carácter obligatorio, estableciendo la buena fe como punto de equilibrio ante las diversas interpretaciones de las relaciones jurídicas y contractuales del derecho civil peruano.

El derecho civil peruano y los sistemas jurídicos italiano, francés, brasileño y en general en los próximos años deberán brindar tutela contractual, las cuales podrían ser justas o injustas en los fallos judiciales y arbitrales, sin embargo, en el balance la pandemia también ha generado una importante producción jurídica de los juristas, profesores y abogados aportes académicos que se encuentran almacenados en obras jurídicas y en las grabaciones de los diversos eventos académicos virtuales que se

generaron antes y después de la pandemia globalizada, que nos entregó nuevos paradigmas en el derecho civil continental y mundial

Mi reconocimiento a la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná y mi agradecimiento a la profesora Marcia Carla Ribeiro por la invitación a participar del magno evento académico y lograr estrechar los lazos académicos entre el Brasil y el Perú en el I Congreso Internacional de Derecho Comercial celebrado el 12 de noviembre del 2020.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org