

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 25

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

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2019

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

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

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

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-RJ), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Gerson Branco (UFRGS), Jacques Labrunie (PUC-SP), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 25 (julho/dezembro 2019)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

Colaboraram neste número

Alexandre Libório Dias Pereira

Docente associado da Universidade de Coimbra. Doutor em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra.

E-mail: aldp@fd.uc.pt

Daniela dos Santos Ferreira de Almeida

Doutoranda em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – PPGD-UERJ. Mestre em Ciências pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz.

E-mail: daniela.santosrj@gmail.com

Guilherme Penalva Santos

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. É Procurador do Município do Rio de Janeiro e advogado no Rio de Janeiro.

E-mail: guilhermepenalva@psadvs.com.br

Leonardo Figueiredo Barbosa

Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela UERJ. Doutor e mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Bacharel em Direito pela UFRJ. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito & Tecnologia – DTec da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Inteligência Artificial Aplicada ao Direito” da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Membro da Comissão de Segurança da Informação, Segurança Cibernética e Proteção da Privacidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

E-mail: lfb.oab@gmail.com

Leonardo da Silva Sant'Anna

Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – PPGD-UERJ. Professor Associado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Ciências pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz.

E-mail: lsantanna44@gmail.com

Maria Alice Pinheiro Nogueira Gomes

Doutoranda em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV/SP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Advogada e Pesquisadora.

E-mail: alicepinheironog@gmail.com

Mário Luiz de Souza Filho

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

E-mail: marioluiz_filho@hotmail.com

Pedro Guilhardi

Doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. LL.M. em *Comparative and International Dispute Resolution* pela Queen Mary, University of London. Advogado em São Paulo.

E-mail: pguilhardi@nanni.adv.br

Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior

Professor Universitário. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Graduado em Direito e Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV/SP. Presidente do Instituto de Pesquisas em Direito dos Negócios – IPDNegócios. Advogado.

E-mail: roberto.lincoln@bragalincoln.adv.br

Rodrigo Saraiva Porto Garcia

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro do TMA Brasil. Advogado.

E-mail: rodrigosaraivagarcia@hotmail.com

Sumário

RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS (SER) Alexandre L. Dias Pereira	1
A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM O PODER PÚBLICO À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E DA REFORMA À LEI DE RECUPERAÇÕES E FALÊNCIAS Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior e Maria Alice Pinheiro Nogueira Gomes	27
NOVAS TENDÊNCIAS PARA A VENDA DE ATIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O PLANO ALTERNATIVO DOS CREDORES E A LIQUIDAÇÃO ORDENADA DA EMPRESA Rodrigo Saraiva Porto Garcia	67
OS REFLEXOS DA DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL Mario Luiz Souza Filho	111
A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NA DETERMINAÇÃO DO CENTRO DE INTERESSES PRINCIPAIS: PARÂMETROS PARA INTERPRETAR A RECENTE REFORMA DA LEI DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRA Guilherme Penalva Santos.....	145
O CONCEITO DE 'AGENTES DE TRATAMENTO' NA LGPD: UM OLHAR SOBRE SUA INTERPRETAÇÃO INICIAL NO BRASIL Leonardo Figueiredo Barbosa	189
IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO E AS RELAÇÕES DE GARANTIA ACESSÓRIAS E AUTÔNOMAS Pedro Guilhardi.....	233

A PRÉ-OFFERTA DE FRANQUIA PELAS *STARTUPS* À LUZ DO DIREITO
BRASILEIRO

Daniela dos Santos Ferreira de Almeida e Leonardo da Silva

Sant'Anna.....269

RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS (SER)¹

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY (CSR)

Alexandre L. Dias Pereira

Resumo: A responsabilidade social das empresas é um princípio ético jurídico do direito comercial, em especial do direito das sociedades. Dirige-se sobretudo às grandes empresas, designadamente multinacionais. Significa que as empresas devem respeitar os direitos humanos e as leis aplicáveis, nomeadamente, nos domínios do trabalho, da segurança social, do consumo, da concorrência, do ambiente, da fiscalidade, da corrupção. Enquanto entidade distinta dos sócios ou acionistas, a empresa tem um interesse próprio, em termos de sustentabilidade a médio e longo prazo, cabendo aos administradores o poder-dever de zelar por esse interesse, ao invés de atuarem apenas no sentido da maximização dos lucros dos sócios. A responsabilidade social das empresas joga um papel de relevo na sustentabilidade da empresa.

Palavras-Chave: Direito empresarial. Deveres dos administradores. Interesse social. Governança corporativa. Direito das sociedades.

Abstract: Corporate social responsibility is a legal ethical principle of commercial law, in particular company law. It is mainly aimed at large corporations, namely multinationals. It means that companies must respect human rights and the laws, namely, of workers and social security, consumers' rights, competition, the environment, taxation and corruption. As an entity distinct from the partners or shareholders, the company has an interest of its own, in terms of medium and

¹ Artigo recebido em 09.04.2021 e aceito em 20.04.2021.

long-term sustainability, with managers having the power and duty to care for that interest, by releasing them from acting only in the sense of maximizing the results of the partners. Corporate social responsibility plays an important role in the company's sustainability.

Keywords: Business law. Managers' duties. Corporate interest. Corporate governance. Company law. CSR.

Sumário: 1. A responsabilidade social das empresas na Europa. 2. A responsabilidade social das empresas na comunidade internacional. 3. Códigos de conduta e força normativa da RSE. 4. Força legal da RSE nas Empresas Públicas. 5. RSE e responsabilidade dos administradores. 6. RSE e *corporate governance*. 7. O cumprimento de normas de RSE exclui a justa causa de destituição do administrador? Conclusão.

1. A responsabilidade social das empresas na Europa.

Num documento de trabalho de 2019 intitulado “Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights: Overview of Progress”, a Comissão Europeia caracterizou a *responsabilidade social das empresas* (RSE) como a responsabilidade das empresas pelo seu impacto na sociedade em termos de respeito por princípios éticos, sociais, ambientais, de direitos humanos e direitos dos consumidores, e pelo cumprimento da lei em geral. Considera-se que a RSE é importante para as empresas em virtude de gerar benefícios ao nível da gestão de riscos, poupanças, acesso a financiamento, relações com parceiros e consumidores, gestão de recursos humanos, sustentabilidade das operações, e da capacidade de inovar e de gerar lucros. Em perspetiva macro, a RSE é considerada também importante para a economia europeia em virtude de tornar as empresas mais sustentáveis e inovadoras, bem como para a socie-

dade em geral, em virtude de estabelecer um conjunto de valores éticos com base nos quais é possível construir uma sociedade mais coesa e transitar para um sistema económico sustentável.²

Duas décadas antes, a Comissão Europeia lançara já um Livro Verde intitulado “Promover um quadro europeu para a RSE”,³ e, posteriormente, em 2011, publicou a Comunicação “Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014”.⁴

No referido documento de trabalho da Comissão “Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights”,⁵ faz-se um levantamento da atuação da União Europeia relativamente a vários pontos, como sejam:

- a) medidas para respeitar e proteger os direitos humanos, proporcionando às vítimas de abusos relacionados com empresas acesso adequado a meios de recurso, sempre que esses direitos sejam violados;
- b) incentivos às empresas para atuarem com adequada e devida diligência (“appropriate due diligence”), inclusive no que diz respeito à proteção dos direitos humanos ao longo das suas cadeias de abastecimento;

2 Comissão Europeia. *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights: overview of progress*. Cidade: SWD, 2019. p. 3-4.

3 Comissão Europeia. *Livro Verde: promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas: COM, 2001.

4 Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014*. Bruxelas: COM, 2011.

5 Comissão Europeia. *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights: overview of progress*. Cidade: SWD, 2019. p. 8. Disponível em: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34963?locale=pt>. Acesso em: 12 mar. 2021.

- c) aumento da transparência e promoção de finanças sustentáveis, incluindo a disponibilização de mais informação aos cidadãos e aos investidores sobre a atuação não financeira das empresas;
- d) incentivar práticas comerciais amigas do ambiente e do ponto de vista social, incluindo em sede de contratação pública;
- e) promover a implementação da RSE (CSR/RBC), incluindo os UNGP sobre empresas e direitos humanos fora da UE, através de políticas e programas de comércio e de desenvolvimento da UE, envolvimento em fóruns multilaterais, bem como através da cooperação bilateral com países terceiros;
- f) desenvolver abordagens dedicadas para setores específicos ou tipos de empresa;
- g) prosseguir abordagens horizontais, incluindo trabalhar com os Estados-Membros nos Planos de Ação Nacionais.

Assim, a *responsabilidade social das empresas* é, na União Europeia, um valor importante, em especial no contexto da globalização económica e do comércio internacional. De resto, a Comissão Europeia segue a abordagem da OCDE no sentido de um conceito mais amplo de “Responsible Business Conduct” (RBC) ou atuação empresarial responsável. Trata-se de defender a aplicação dos princípios de “Corporate Social Responsibility” (CSR) não apenas às empresas, em sentido estrito, mas também aos sindicatos e a organizações similares, incluindo organizações não governamentais (ONGs). De acordo com a definição da OCDE, a atuação empresarial responsável (“Responsible Business Conduct”) significa contribuir positivamente para o progresso económico, ambiental e social com vista a alcançar o desenvolvimento sustentável e a prevenir e resolver impactos adversos re-

lacionados direta ou indiretamente com as operações, os produtos ou os serviços das empresas.

As orientações da OCDE para as empresas multinacionais (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*) incidem sobre vários tópicos, dos direitos humanos à concorrência e a fiscalidade, passando pelas relações laborais e industriais, pelo ambiente, pelo combate à corrupção (passiva ou ativa), pelos interesses dos consumidores e pelo progresso científico e tecnológico. Entre os princípios gerais da atuação das empresas conta-se a consideração pelos interesses de outros *stakeholders*, devendo nessa medida:

- a) contribuir para o progresso económico, ambiental e social com vista a alcançar o desenvolvimento sustentável;
- b) respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos das pessoas afetadas pelas suas atividades;
- c) incentivar a capacitação local por meio de estreita cooperação com a comunidade local, incluindo interesses comerciais, bem como o desenvolvimento das atividades da empresa nos mercados interno e externo, de acordo com a necessidade de práticas comerciais sólidas;
- d) incentivar a formação de capital humano, em particular criando oportunidades de emprego e promovendo oportunidades de formação para funcionários;
- e) abster-se de procurar ou aceitar isenções não previstas no quadro legal ou regulatório em matéria, nomeadamente, de direitos humanos, ambiente, saúde, segurança, trabalho, tributação, incentivos financeiros;
- f) apoiar e defender os princípios e as boas práticas de governação empresarial, incluindo em todo o grupo empresarial;

- g) desenvolver e aplicar práticas de autorregulação e de gestão eficazes e sistemas que promovam uma relação de confiança e confiança mútua entre as empresas e as sociedades em que operam;
- h) promover a consciencialização dos trabalhadores das empresas multinacionais em relação às políticas de boa governação empresarial, incluindo formação adequada para o efeito;
- i) abster-se de ações discriminatórias ou disciplinares contra os trabalhadores que fizerem, de boa-fé, relatórios para a administração ou, consoante o caso, para as autoridades públicas competentes, sobre práticas que infrinjam a lei, ou sobre as diretrizes ou políticas da empresa;
- j) atuar com cuidado e diligência (*due diligence*) baseada em risco, por exemplo, incorporando-a nos seus sistemas de gestão de risco empresarial, para identificar, prevenir e mitigar os impactos adversos reais e potenciais;
- k) evitar causar ou contribuir para impactos adversos em assuntos abrangidos pelas diretrizes, por meio das suas próprias atividades, e abordar tais impactos quando eles ocorreram;
- l) procurar prevenir ou mitigar um impacto adverso quando a empresa não tiver contribuído para esse impacto, sendo este diretamente ligado às operações, produtos ou serviços de uma empresa relacionada;
- m) encorajar, sempre que possível, parceiros de negócios, incluindo fornecedores e subcontratados, a aplicar os princípios de conduta empresarial responsável compatível com estas Diretrizes;
- n) envolver-se com as partes interessadas relevantes a fim de fornecer oportunidades para que os seus pontos de vista

sejam levados em consideração em relação ao planejamento e à tomada de decisão para projetos ou outras atividades que possam impactar significativamente as comunidades locais;

- o) abster-se de qualquer envolvimento impróprio em atividades políticas locais.⁶

2. A responsabilidade social das empresas na comunidade internacional.

O valor da responsabilidade social das empresas tem sido afirmado não apenas a nível europeu, mas também na comunidade internacional, destacando-se neste plano as orientações das Nações Unidas sobre *Empresas e Direitos Humanos*, os “UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)”, de 2011. Os UNGP sobre empresas e direitos humanos têm por base (a) as obrigações já existentes dos Estados de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos e as liberdades fundamentais, (b) o papel das empresas no cumprimento de todas as leis aplicáveis e no respeito pelos direitos humanos e (c) a necessidade de sanções apropriadas e eficazes para infrações aos direitos e às obrigações. Nesse sentido, os UNGP sobre empresas e direitos humanos reconhecem que a prevenção e o sancionamento de abusos ou a tolerância de tais abusos pelas empresas é uma responsabilidade conjunta do setor privado e das autoridades públicas.

Por seu turno, o Guia para a Responsabilidade Social das Empresas das Nações Unidas (*Guide to Corporate Sustainability, United Nations Global Compact*), enuncia os seguintes princípios:⁷

6 OECD. *Guidelines for multinational enterprises*. Cidade: OECD Publishing, 2012. p. 19-20. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-em>. Acesso em: 12 mar. 2021.

7 United Nations. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York And

- a) Direitos humanos: as empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos proclamados internacionalmente e certificar-se de que não são cúmplices de abusos aos direitos humanos;
- b) Trabalho: as empresas devem defender a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à contratação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado, a abolição efetiva do trabalho infantil, e a eliminação da discriminação no trabalho;
- c) Meio Ambiente: as empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais, tomar iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental, e encorajar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis;
- d) Anticorrupção: as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo o suborno e a extorsão.

Em linha com os UNGP sobre empresas e direitos humanos, o Conselho da Europa publicou, em 2018, um Manual sobre Empresas e Direitos Humanos (*Handbook on Business and Human Rights for legal practitioners*).⁸

3. Códigos de conduta e força normativa da RSE.

Os princípios orientadores das Nações Unidas (UNGP) sobre empresas e direitos humanos, assim como os referidos documentos

Geneva: United Nations. Disponível em: «https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf». Acesso em: 12 mar. 2021.

8 O'BRIEN, Claire Methven. *Business and human rights*. A handbook for legal practitioners. Strasbourg: Council Of Europe, 2018. Disponível em: «<https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7785-business-and-human-rights-a-handbook-for-legal-practitioners.html>». Acesso em: 15 mar. 2021.

da União Europeia, da OCDE e do Conselho da Europa, são instrumentos de *soft law*, no sentido de que não impõem aos Estados e às empresas novos deveres ou obrigações. Limitam-se a reiterar as obrigações já existentes dos Estados em matéria de respeito, proteção e cumprimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e a destacar o papel das empresas no cumprimento de todas as leis aplicáveis e no respeito pelos direitos humanos, apelando ainda à necessidade de serem previstas no ordenamento jurídico de cada Estado sanções e remédios apropriados e eficazes para infrações cometidas pelas empresas em matéria de direitos humanos.

De todo o modo, os princípios de responsabilidade social das empresas tornam claro que as empresas não beneficiam de isenções de respeito pelos direitos humanos, os quais valem igualmente nas relações dos cidadãos com as empresas e não apenas nas suas relações com o Estado ou entre particulares. Trata-se, portanto, de aprofundar a chamada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, reiterando o especial dever de proteção que incumbe aos Estados,⁹ mas igualmente a *especial responsabilidade* das empresas em termos de proteção e promoção dos direitos humanos nas diversas etapas do processo económico.¹⁰

Enquanto *soft law*, a responsabilidade social das empresas objetiva-se em normas de conduta elaboradas por organizações internacionais, como a ISO 26000 (“Guidance on Social Responsibility”)¹¹ ou a correspondente norma portuguesa NP 4469-1:2008 (“Sistema de Gestão da Responsabilidade Social: especifica os requisitos para a

9 Sobre esta matéria, PEREIRA, Alexandre L. Dias. *Direitos de autor e liberdade de informação*. Coimbra: Almedina, 2008. p.180-191.

10 No direito da concorrência, fala-se na responsabilidade especial que assiste às empresas em posição dominante de não abusarem do seu poder de mercado (PEREIRA, Alexandre L. Dias. O direito da concorrência em Portugal e na União Europeia. *Revista de Direito Empresarial*, v. 14, n. 3, p. 173-198, set./dez., 2017).

11 ISO 26000. *Guidance on Social Responsibility*. Disponível em: «<https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html>». Acesso em: 15 mar. 2021.

gestão de um plano de responsabilidade social das empresas”). Segundo a APCER, entidade acreditada pelo Instituto Português de Acreditação, os principais benefícios da implementação e posterior certificação de acordo com a norma portuguesa NP 4469-1, em conformidade com princípios internacionalmente aceites, são: a) maior credibilidade e reputação no mercado; b) vantagens competitivas; c) melhor controlo da conformidade legal; d) aumento da produtividade; e) melhor relação com todas as partes interessadas; f) contributo para o desenvolvimento sustentável.¹² A APCER esclarece ainda que esta norma aplica-se “a organizações de todos os tipos e dimensões e pode adaptar-se a diversas condições geográficas, culturais e sociais”, mostrando que a gestão da empresa “possui os mecanismos para que, potencialmente, venha a ser cada vez mais socialmente responsável”.

Mas, qual é o valor normativo da responsabilidade social das empresas? É imperativa ou dispositiva? Nesta segunda hipótese, é supletiva ou depende de adesão, facultativa, pelas empresas a normas ou códigos de responsabilidade social. E a quem caberá a adesão nas sociedades comerciais? Aos sócios? Aos administradores? Ou seja, a adesão a códigos de responsabilidade social é matéria sujeita a deliberação dos sócios ou antes competência da gerência ou administração da sociedade? Nesta última solução, não aderindo os sócios a um regime de RSE, os administradores são livres de conformarem a sua atuação com as normas de responsabilidade social das empresas? Que efeitos tem em termos de responsabilidade do administrador a sua conformação com os princípios de RSE? Excluirá a justa causa de destituição?

Enquanto tais, as normas de responsabilidade social das empresas não são, em princípio, imperativas. Não terão sequer o valor de normas supletivas. Ou seja, o silêncio das partes não vale, em

12 APCER. *NP 4469-1: Sistema de Gestão da Responsabilidade Social*. Disponível em: «<https://apcergroup.com/pt/certificacao/pesquisa-de-normas/180/np-4469-1>». Acesso em: 20 mar. 2021.

princípio, como adesão a essas normas. Não obstante, o facto de a adesão à RSE não constar nem dos estatutos da sociedade nem de deliberação dos sócios não significa que os administradores, na sua atuação, não possam justificar a sua atuação em conformidade com os princípios de RSE.

O princípio da responsabilidade social aplica-se não apenas às empresas do setor privado, mas também às empresas do setor social (e.g. cooperativas) e às empresas do setor público (incluindo sociedades comerciais). Todavia, os níveis de exigência de responsabilidade social são diferentes consoante esteja em causa uma micro, pequena ou média empresa, ou ao invés uma grande empresa, designadamente com ações cotadas em bolsa, justamente pela diferença do grau de impacto económico-social que tem. De igual modo, é importante distinguir consoante se trata de empresas do setor privado ou antes do setor público.

4. Força legal da RSE nas Empresas Públicas.

Se no setor privado a adesão a códigos de responsabilidade social parece facultativa – com todas as questões que isso suscita –, já nas empresas públicas o regime do setor empresarial do Estado consagra expressamente o princípio da responsabilidade social e ambiental das empresas do Estado. Nos termos do art. 39 do DL 133/2013, de 3 de outubro, sobre competências e regime da função acionista Estado, cabe à Unidade Técnica promover “a execução das operações necessárias à avaliação anual do grau de cumprimento das orientações, objetivos, obrigações e responsabilidades, bem como o grau de cumprimento dos *princípios de responsabilidade social e ambiental e desenvolvimento económico sustentável a observar pelas empresas públicas do sector empresarial do Estado*” (*itálico nosso*). Para o efeito, o art. 45/1 do mesmo diploma dispõe, sobre *transparência*, que: “Anualmente, cada empresa informa o titular da função acionista e o público em geral do modo como foi prosseguida a sua missão, do

grau de cumprimento dos seus objetivos, da forma como foi cumprida a *política de responsabilidade social*, de desenvolvimento sustentável e os termos de prestação do serviço público, e em que medida foi salvaguardada a sua competitividade, designadamente pela via da investigação, do desenvolvimento, da inovação e da integração de novas tecnologias no processo produtivo”.

Face ao exposto, as empresas do setor empresarial do Estado têm o dever de cumprir princípios de responsabilidade social, cujo nível será definido pelo titular da função acionista. Está implícito nas normas citadas que as empresas públicas devem cumprir os princípios de responsabilidade social, além de toda a legislação a que estão sujeitas. Nem outro é o sentido do estatuído no art. 49 do referido RJSPE, sob epígrafe “Responsabilidade social”, nos termos do qual: “As empresas públicas devem prosseguir objetivos de responsabilidade social e ambiental, a proteção dos consumidores, o investimento na valorização profissional, a promoção da igualdade e da não discriminação, a proteção do ambiente e o respeito por princípios de legalidade e ética empresarial”.¹³

Ou seja, no setor empresarial do Estado, o princípio da responsabilidade social das empresas está positivado na lei e com força obrigatória.¹⁴ Neste sentido, o direito interno procura cumprir os padrões internacionais tal como são afirmados pelas orientações da

13 No Brasil, a Lei n.º 13.303/16, de 13 de junho, que regula as empresas públicas e as sociedades de economia mista, estabelece no art. 27 que estas “terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”. Para mais detalhes ver MARTINS, Jarbas Eduardo Pereira. *A função social das empresas e o seu regime jurídico*. 2018. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

14 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito das Empresas Públicas*. 2019. p. 108. Por outro lado, a Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto (várias vezes alterada), sobre o setor empresarial local, prevê expressamente a possibilidade de criação de empresas locais de promoção do desenvolvimento local e regional, com função marcadamente social. Algumas destas empresas prestam serviços públicos essenciais, devendo respeitar os direitos dos utentes destes serviços estabelecidos pela Lei 23/96, de 26 de julho (com várias alterações).

OCDE sobre governação empresarial de empresas públicas (*OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*), nos termos das quais:

SOEs should observe high standards of responsible business conduct. Expectations established by the government in this regard should be publicly disclosed and mechanisms for their implementation be clearly established. / Like private companies, SOEs have a commercial interest in minimising reputational risks and being perceived as ‘good corporate citizens’. SOEs should observe high standards of responsible business conduct, including with regards to the environment, employees, public health and safety, and human rights. Their actions should be guided by relevant international standards, including: the *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, which have been adopted by all OECD member countries and reflect all four principles contained in the *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*; and the *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. The ownership entity can communicate its expectations in this regard and require SOEs to report on related performance. SOE boards and management should ensure that they are integrated into the corporate governance of SOEs, supported by incentives and subject to appropriate reporting and performance monitoring. SOEs should not be required to engage in charitable acts or to provide public services that would more appropriately be carried out by the relevant public authorities. The state’s expectations regarding the responsible business conduct of SOEs should be disclosed in a clear and transparent manner.¹⁵

15 OECD. *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 60.

5. RSE e responsabilidade dos administradores.

Relativamente ao setor privado, a responsabilidade social das empresas não tem expressamente força de lei, não existindo no direito português uma lei geral de responsabilidade social das empresas semelhante, por ex., à Lei 15/2010, de 9 de dezembro, da Extremadura espanhola¹⁶ (e cujo regime de adesão voluntária no setor privado contrasta com os padrões de responsabilidade social nela inscritos).

É claro que, pela negativa, os princípios da responsabilidade social das empresas – como sejam o respeito pelos direitos humanos e pelas leis do trabalho, do consumo, da concorrência, do ambiente, da corrupção ou dos impostos e contribuições – limita negativamente a liberdade dos sócios, quer ao nível da constituição de sociedades comerciais – cujo objeto deve ser lícito, isto é, não contrariar a lei, a ordem pública e os bons costumes (art. 280/1-2 Cód. Civil) –, quer ao nível das deliberações dos sócios – cujo conteúdo não deve ser ofensivo dos bons costumes ou de preceitos legais que não possam ser derogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios (art. 56/1-d) CSC).

Todavia, dizer que estes limites relevam da responsabilidade social das empresas pouco acrescenta sobre o sentido e valor desta, podendo ao invés diluí-la no dever geral de cumprimento da lei, que impende tanto sobre particulares (cidadãos e empresas) como sobre o Estado e outros organismos de direito público.

É verdade que estes diversos regimes legais limitaram a atuação das empresas em nome da necessidade de proteger o interesse público em geral e interesses de terceiros, em particular, com os quais as empresas interagem no processo económico, com sejam trabalhadores, consumidores, concorrentes, além do ambiente e do próprio Estado. Embora possam ter representado manifestações da responsabilidade social das empresas aquando da aprovação desses regimes – marcando a passagem de um Estado-de-Direito liberal para um Estado-de-Direito social – os diferentes domínios de regulação consti-

16 ESPANHA. Lei nº 15/2010, de 9 de dezembro de 2010. Espanha, 27 dez. 2010. Disponível em: «https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-19852». Acesso em: 20 mar. 2021.

tuem atualmente ramos do Direito com fundamentação autónoma da responsabilidade social das empresas.

Assim, para descortinar um sentido específico deste valor é necessário procurá-lo no regime das empresas, em especial na lei societária.

6. RSE e *corporate governance*.

Entre as competências dos sócios, tanto nas sociedades por quotas (art. 246 CSC), como nas sociedades anónimas (art. 373 CSC), não consta a adesão da sociedade a princípios de responsabilidade social das empresas. Isso não significa que não o possam fazer, por não ser matéria reservada à gestão da sociedade. E mesmo que o fosse, essa intervenção seria ainda possível, mais nas primeiras do que nas segundas, nestas exigindo-se que os acionistas deliberem sobre a matéria a pedido do órgão de administração (art. 373/3 CSC).

De todo o modo, pese embora o fim lucrativo das sociedades que fere de nulidade deliberações contrárias a esse fim, não está vedado aos sócios a prática de liberalidades em nome da responsabilidade social das empresas, nomeadamente doações a título de mecenato científico, cultural ou de solidariedade social,¹⁷ se forem consideradas usuais segundo as circunstâncias da época e se as condições da sociedade o permitirem (art. 6/1-2 CSC). De resto, a lei fiscal estabelece benefícios fiscais ao mecenato, pelo que essas liberalidades não serão totalmente desinteressadas ou altruísticas. Além disso, a sustentabilidade da empresa pode justificar a prestação de garantias gratuitas a favor de terceiros.

Por outro lado, o princípio da responsabilidade social das empresas está ligado ao tema da *corporate governance* e, nessa medida,

17 RANGAN, V. Kasturi; CHASE, Lisa; KARIM, Sohel. *The Truth About CSR*: most of these programs aren't strategic and that's ok. Most of these programs aren't strategic — and that's OK. 2015. Disponível em: «<https://hbr.org/2015/01/the-truth-about-csr>». Acesso em: 20 mar. 2021.

tem a ver com a gestão das empresas.¹⁸ Mas daí não se pode concluir ser matéria reservada aos órgãos de administração. Pelo contrário, a sociedade pode aderir a normas de RSE tanto nos estatutos como por via de deliberação dos sócios, vinculando os administradores, justamente, ao cumprimento dos deveres daí emergentes. Todavia, no silêncio dos estatutos e dos sócios, *quid iuris?* Que valor tem a responsabilidade social das empresas para os gerentes ou administradores?

O Código das Sociedades Comerciais português não encarrega expressamente o administrador de cumprir a função ou responsabilidade social da empresa. Todavia, será o cumprimento da RSE uma das obrigações inerentes aos deveres-quadro dos administradores previstos no artigo 64 da CSC? Trata-se, por um lado, do dever de cuidado (atuação segundo o critério do gestor diligente, criterioso e ordenado); por outro, do dever de lealdade ao interesse social, enquanto manifestação do princípio da boa-fé.¹⁹

Além disso, o CSC responsabiliza o administrador perante a sociedade nos termos da chamada “business judgment rule”, isentando-o de responsabilidade se provar que *atuou sem culpa ou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial* (art. 70/1-2 CSC). A bitola do “gestor criterioso e ordenado” e a *business judgment rule* parecem ser duas faces da mesma moeda.²⁰ Não obstante, o cumprimento de nor-

18 Vf. acórdão do STJ de 14.02.2013, proc. 2542/07.8TBOER.L1.S1 (a “expressão *corporate governance* abrange um conjunto de princípios válidos para uma gestão de empresa responsável abrangendo as regras jurídicas societárias aludidas no art. 64 do CSComerciais, as regras gerais de ordem civil, os deveres acessórios de base jurídica, as normas de gestão de tipo económico e os postulados morais e de bom senso que interfiram na concretização de conceitos indeterminados. [...] A violação de tais princípios por banda dos gerentes da sociedade faz impender sobre estes, não só o dever de ressarcir aquela dos danos que eventualmente lhe venha a causar, como também, dos danos que igualmente possam advir aos restantes sócios por via dessa sua atuação”).

19 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades* (art. 64. º/1 CSC). *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura. A reforma do Código das Sociedades Comerciais*, 2007a, p. 48.

20 “Dizem o mesmo: um em linguagem ‘anglo-saxónica’ e outro em termos continentais”

mas de RSE pode valer como causa de exclusão da responsabilidade do administrador? Será a responsabilidade social das empresas um princípio norteador da chamada “racionalidade empresarial”?

O grupo de interesses protegidos pelo artigo 64 do CSC, enquanto norma de conduta, afirma o interesse social como critério normativo,²¹ relevando não apenas o interesse subjetivo dos sócios, mas também o interesse da sociedade ou empresa enquanto entidade jurídica autónoma. Além do interesse individual ou egoístico de cada sócio em obter lucros como contrapartida pelo seu investimento, releva igualmente o interesse da empresa em si mesma, isto é, enquanto instituição ou entidade com vida própria distinta dos sócios e que estabelece relações com terceiros, nomeadamente com trabalhadores, clientes, consumidores, fornecedores, financiadores, com as autoridades públicas (Estado, autarquias, etc.), com a sociedade em geral e com o meio ambiente. Como escreveu Dodd, Jr., na ressaca da Grande Depressão, no artigo “For Whom Are Corporate Managers Trustees?”, publicado em 1932 na *Harvard Law Review*,

the association, once it becomes a going concern, takes its place in a business world with certain ethical standards which appear to be developing in the direction of increased social responsibility. [...] Despite many attempts to dissolve the corporation into an aggregate of stockholders, our legal tradition is rather in favour of treating it as an institution directed by persons who are primarily fiduciaries for the institution rather than for its members.²²

(CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*: das sociedades em especial (volume i). 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 853).

21 Sobre as teorias contratualistas e institucionalistas que se debatem na caracterização do interesse social e a sua consagração no direito português. (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial – vol. II das sociedades*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 275-301). Para mais detalhes ver DODD JR., E. Merrick. For Whom Are Corporate Managers Trustees? *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 45, n. 7, p. 1145-1163, mai. 1932.

22 DODD JR, E. Merrick. Op. cit. p. 116 e 1162-1163.

O dever de lealdade ao interesse social a que estão sujeitos os administradores de sociedades comerciais é definido, em princípio, pelo escopo lucrativo da sociedade. Todavia, este escopo deve ser prosseguido atendendo não apenas aos interesses de longo prazo dos sócios, mas também aos interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da empresa, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores (art. 64-b do CSC, na redação introduzida em 2006). Ou seja, o interesse social não se reduz à atribuição de lucros aos sócios, já que na realização do interesse social relevam os interesses de médio e longo prazo dos sócios (ou seja, a realização de lucros durante o maior tempo possível e o próprio lucro final ou de liquidação) e ainda os interesses de outros sujeitos que a lei considera relevantes para a sustentabilidade da sociedade, elencando como tais os dos trabalhadores, dos clientes e dos credores.

Neste sentido, a responsabilidade social da empresa não é estranha a um dever de lealdade ao interesse social concebido não apenas em torno do intuito lucrativo dos sócios ou acionistas (*shareholders*), mas também de outras pessoas com interesse na empresa (*stakeholders*) e até do Estado ao nível da cobrança de impostos e de contribuições, para além do seu dever de proteção e de promoção de bens supra individuais como o ambiente, a concorrência e, de um modo geral, o interesse público. Com efeito, “A sense of social responsibility toward employees, consumers, and the general public may thus come to be regarded as the appropriate attitude to be adopted by those who are engaged in business”.²³

7. O cumprimento de normas de RSE exclui a justa causa de destituição do administrador?

Justificará o dever de lealdade ao interesse social, integrado por um princípio de responsabilidade social da empresa, o não cumprimento pelos administradores de deliberações sociais validamente aprovadas?

²³ Ibidem, p. 1160.

Em princípio, o interesse social corresponde ao interesse da maioria dos sócios, dentro dos limites da lei. Nesta perspectiva, a responsabilidade social das empresas será ditada pela vontade da maioria. Os interesses de curto prazo nas sociedades anónimas costumam ser os dos investidores institucionais, que pretendem uma rápida rentabilização das suas ações; assim como os dos administradores, os quais, sendo tendencialmente designados por períodos breves, são remunerados, em larga medida, mediante participação nos lucros ou através de *stock options*.²⁴

Todavia, segundo o dever de lealdade ao interesse social, os administradores devem olhar não apenas ao curto prazo, mas também à sustentabilidade da empresa a médio e a longo prazo, relevando aí o princípio da responsabilidade social da empresa. Além das deliberações nulas por violação de normas imperativas (art. 56/1-d CSC), a lei ressalva a anulabilidade das deliberações abusivas, i.e., deliberações aprovadas pela maioria que não passem no chamado “teste de resistência”, isto é, que não tenham sido aprovadas com votos de sócios sujeitos a impedimento de voto, designadamente por conflito de interesses (art. 58/1-b CSC). Todavia, trata-se de uma anulabilidade, podendo o vício ser apenas invocado pelos sócios que não votaram a favor da deliberação e dentro de um prazo de 30 dias contados a partir do conhecimento da deliberação (art. 59 CSC). Decorrido esse prazo, o vício é suprimido, cessando a invalidade.

Nestas situações, o chamado “dilema do administrador” entra de novo em cena. Não sendo estas deliberações nulas, poderá o administrador não as executar invocando o interesse social, interpretado à luz da responsabilidade social das empresas, a que deve lealdade? Note-se que o administrador, enquanto tal, não tem sequer legitimidade para arguir o vício nesses casos. Ou pode o administrador lançar aqui mão do abuso de direito nos termos gerais do Código

24 Sobre a remuneração dos administradores mediante *stock-options*, ver MAIA, Pedro Canastra Azevedo. *Voto e Corporate Governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*. 2010, p. 640-658. Tese de Doutoramento.

Civil? Com efeito, concebendo-se a responsabilidade social das empresas como uma projeção da função social da propriedade,²⁵ poderia ser controlada pelos próprios administradores ao abrigo do instituto do abuso de direito, i.e., do exercício do direito contrário ao seu fim económico e social (art. 334 do Cód. Civil). Nesta ordem de ideias, o regime das deliberações abusivas não afastaria a aplicação, ainda que residual, do abuso de direito, no sentido de eximir o administrador de responsabilidade pela não execução de deliberações sociais contrárias à RSE.

A sustentabilidade da empresa a médio e longo prazo é um princípio norteador do interesse social, relevando aí o princípio da responsabilidade social da empresa. Assim, a *racionalidade empresarial* a que se refere o art. 72/2 do CSC terá como quadro de referência a sustentabilidade da empresa socialmente responsável. Nesta perspectiva, a maximização do lucro a curto prazo não é, necessariamente, a forma mais eficiente de satisfazer o interesse empresarial socialmente responsável. Além da sustentabilidade económico-financeira da empresa devem igualmente ser atendidas dimensões éticas, como sucede, por ex., com a comercialização de mercadorias produzidas por trabalho infantil ou escravo, a prática de subornos para obter favores políticos, ou a destruição do meio ambiente.

O cumprimento de normas de responsabilidade social das empresas poderá ser justificação válida para a não obtenção dos resultados financeiros pretendidos pelos sócios. Por essa razão, a não obtenção dos resultados (lucros) almejados pelos sócios não constituirá justa causa de destituição do gerente ou administrador, sem prejuízo da livre destituição nos termos e com as consequências legais, designadamente em termos indemnizatórios (arts. 257 e 403 do CSC).²⁶

25 Neste sentido, notando que, no Brasil, a lei das sociedades anónimas de 1976 incumbe expressamente o administrador de satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa no exercício das suas atribuições com vista aos fins e no interesse da companhia (artigo 154) (MARTINS, Jarbas Eduardo Pereira, op. cit.).

26 Não obstante – et pour cause – considerar o art. 64/1-b) do CSC “expressão de *retórica*

O CSC considera justa causa, nomeadamente, a violação grave dos deveres do gerente/administrador e a sua incapacidade para o exercício normal das respetivas funções (arts. 257/6 e 403/4 CSC). O não cumprimento de deliberações dos sócios em nome do dever de lealdade ao interesse social, conjugado com o princípio da responsabilidade social da empresa enquanto fator de sustentabilidade, eximirá o administrador de responsabilidade perante a sociedade e afastará a justa causa para a sua destituição, mesmo que a adesão a normas de responsabilidade social não resulte de cláusula estatutária ou de deliberação dos sócios.

Aliás, sendo a responsabilidade social da empresa parte do próprio interesse social e devendo o administrador lealdade a este interesse acima de todos os outros, parece-nos que a responsabilidade social da empresa, enquanto matéria que integra a autonomia de gestão (art. 259, 373/3, e 405 CSC),²⁷ não deverá sequer ficar à disposição dos sócios, no sentido de que a não poderão excluir.

Nas sociedades comerciais, o interesse social é definido, em primeira linha, pelos interesses dos sócios, enquanto tais. Enquanto instrumento do capitalismo, as sociedades comerciais são um instrumento de preservação e reprodução do capital, ao serviço da máxima liberal *enriches-vous*. Ainda assim, com a passagem do Estado-de-Direito liberal para o Estado-de-Direito social, o Estado passou a intervir cada vez mais na economia e na vida dos seus principais agentes, as empresas. Pense-se no que era o direito do trabalho, do consumo, da concorrência, dos impostos e contribuições, do ambiente, dos direitos humanos, quando eclodiu a grande depressão de 1929, que quase fez ruir o capitalismo. Surgiram então as discussões sobre o papel das

normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores” e consagração de um “institucionalismo moderado e inconsequente”, reconhece, com Lobo Xavier, o valor da RSE (cuja promoção defende) como fator de exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 299-307).

27 MARTINS, Alexandre Soveral. *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

empresas, e veja-se o que se discutia então, com destaque para as condições desumanas de trabalho e a ausência de mecanismos de proteção social. Nesse sentido, muito do que começou sob a mantra da responsabilidade social das empresas foi, entretanto, objeto de densificação normativa nos mais variados domínios de regulação da atuação das empresas.

De todo o modo, a ideia de que as empresas em geral têm uma qualquer função socioeconómica externa à própria sociedade – e que valida a sua atuação – não nos parece compatível com a liberdade de empresa e com o direito à iniciativa privada. O direito societário não é nem pode ser um *gueto* do sistema jurídico, imune às exigências do sistema jurídico no seu todo, incluindo a efetivação dos direitos humanos nas e pelas empresas. Mas a sociedade em geral não é credora da sociedade, salvo no que respeita ao cumprimento das normas legais que a todos obrigam, como sejam as do ambiente, do trabalho, do consumo, da concorrência, dos impostos e das contribuições, corrupção, direitos humanos, etc.

A sociedade serve um *interesse comum* dos sócios em gerar e distribuir lucros, embora na sua prossecução os sócios muitas vezes divirjam quanto aos meios. Em caso de conflito, é a maioria em votos (*princípio maioritário*) que decide, em princípio, o conteúdo do interesse social.

Por seu turno, na sua atuação, os administradores devem observar “*deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*” (art. 64 CSC). Ou seja, a atuação dos administradores não deve reger-se estritamente por critérios de rentabilidade de curto prazo, mas antes ter como linha de horizonte a sustentabilidade da empresa a médio e longo prazo, considerando também os interesses de outros sujeitos, como trabalhadores, clientes e credores. Nesta perspetiva, parece-nos que o interesse social, embora seja informado em primeira linha pelo interesse dos

sócios, deve almejar a sustentabilidade da empresa a médio e longo prazo, e nessa medida incorpora o princípio da RSE.

Na síntese lapidar do Supremo Tribunal de Justiça,

*O acautelar do interesse social não se confina apenas ao interesse societário tout court, ou seja, a uma atividade que vise lucros. A eticização do direito e da vida societária impõem uma atuação honesta, criteriosa e transparente compaginável com a tutela de terceiros que possam ser prejudicados pela atuação do ente societário através da atuação de quem delinea a sua estratégia e é responsável pela atuação da sociedade, o que convoca os princípios da atuação de boa-fé, da confiança e a da proibição do abuso do direito.*²⁸

8. Conclusão.

A responsabilidade social das empresas é uma manifestação, no domínio do Direito Comercial, da passagem do Estado-de-Direito liberal para o Estado-de-Direito social. Historicamente, a codificação do Direito Comercial fundou-se e evoluiu em torno, sobretudo, dos interesses dos sujeitos empresariais, sejam comerciantes em nome individual, sejam sociedades comerciais ou outras pessoas coletivas mercantis. Segundo a máxima liberal *enriches-vous*, o interesse principal do empresário e da empresa é gerar receitas que permitam a reprodução e, tendencialmente, a expansão do negócio. Em princí-

28 Acórdão de 30.09.2014, proc. 1195/08.0TYLSB,L1.S1. Nesta ordem de ideias parecem filiar-se mais recentemente, em França, a Loi PACTE, de 22 de maio de 2019, que introduziu no art. 1833 do Code Civil uma alínea 2 dispondo que “La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité”; e nos USA, a *Business Roundtable*, emitiu em 19/8/2019 uma “Statement on the Purpose of a Corporation”, no sentido de as empresas proporcionarem valor aos clientes, investirem nos trabalhadores, negociarem justa e eticamente com os fornecedores, apoiarem as comunidades em que atuam as sociedades e (finalmente) gerarem valor de longo prazo para os sócios. Para mais detalhes ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit.

pio, o exercício profissional do comércio é realizado com intuito lucrativo, ou seja, com o propósito de obter remuneração pela atividade desenvolvida e pelo investimento realizado. Numa economia de mercado, baseada na propriedade privada, a função primária da empresa é gerar rendimentos ou frutos mercantis para o seu proprietário e/ou explorador. As sociedades comerciais são o expoente máximo desta *lógica empresarial*, servindo simultaneamente o intuito lucrativo dos sócios (lucro em sentido subjetivo) e da empresa em si mesma (lucro em sentido objetivo). Se nem sempre o segundo se concilia naturalmente com o primeiro – antes sendo uma relação de tensão entre interesses divergentes embora convergindo nos fins, como o mostra por ex. o regime da constituição de reservas e da distribuição de lucros pelos sócios –, a verdade é que, tradicionalmente, no essencial, é ainda do interesse da empresa, do sócio-empresário ou do sócio-investidor, que se trata e pela satisfação do qual prestará contas o administrador da empresa, ou seja, a maximização dos proveitos ou rendimentos do investimento.

Reduzido o direito empresarial a esta lógica, dificilmente se poderia concluir de modo diferente de Milton Friedmen quando afirma que “a responsabilidade social das empresas é aumentar os lucros” (“The social responsibility of business is to enhance its profits”).²⁹

Todavia, no século XX, além do Estado Providência, emergiu um modelo económico diferente do da pura economia de mercado. Afirmou-se o conceito de “economia social de mercado”, que o Tratado de Lisboa sobre o Funcionamento da União Europeia consagra no artigo 3/3 como uma das bases do desenvolvimento sustentável

29 “There is one and only one social responsibility of business to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays in the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition, without deception or fraud. [...] A corporate executive ... has direct responsibility to conduct business in accordance with [shareholder] desires... [i.e.] to make as much money as possible while conforming to their basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom.” (FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to enhance its profits*. New York Times. New York, p. 122-126. set. 1970).

da Europa, juntamente com um crescimento económico equilibrado, a estabilidade dos preços, e um elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A “economia social de mercado” pretende-se “altamente competitiva” e visando “o pleno emprego e o progresso social”.

A responsabilidade social das empresas é tributária desta nova lógica da economia de mercado, na qual coexistem vários setores empresariais, desde o privado ao público passando pelo social ou cooperativo, como estabelece o art. 80 da Constituição da República Portuguesa, mais dispendo que a organização económico-social assenta, entre outros, no princípio da coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção, e no princípio da liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista (art. 80/b-c CRP).

Resta saber, para terminar, se, num contexto de globalização mercantil e de concorrência das empresas à escala mundial, o princípio da responsabilidade social das empresas não se traduzirá numa forma de protecionismo económico, no sentido de elevar os custos de transação e, desse modo, erigir “barreiras artificiais” ao comércio internacional, em nome da defesa dos direitos humanos, nomeadamente. Essa será a perspectiva dos que compreendem as empresas apenas na ótica da eficiência económica orientada pelo valor máximo e provavelmente único do lucro do *shareholder*. Esse não é, todavia, o quadro jurídico em que nos movemos no ordenamento ético-jurídico português e da União Europeia, que evoluiu para um modelo de interesse empresarial socialmente responsável.

A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM O PODER PÚBLICO À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E DA REFORMA À LEI DE RECUPERAÇÕES E FALÊNCIAS¹

CONTRACTING COMPANIES IN JUDICIAL REORGANIZATION WITH GOVERNMENT IN THE LIGHT OF THE NEW BIDDING LAW AND REFORM TO THE REORGANIZATION AND BANKRUPTCY LAW

*Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior
Maria Alice Pinheiro Nogueira Gomes*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações e contratar com o Poder Público, e o cabimento da existência de limitações para que essas empresas se habilitem em processos licitatórios. Procura-se, após contextualizar a controvérsia sob o regime da Lei nº 8.666/1993, identificar as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020 e pela Lei nº 14.133/2021 e os seus reflexos na discussão da matéria. Para tanto, são examinados precedentes judiciais, doutrina, a nova redação do artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/2005, e o artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133/2021. Também são examinados 30 editais de licitação publicados em fevereiro e março de 2021, após a entrada em vigor da nova redação do artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/2005. Constata-se que, apesar de as alterações legislativas consolidarem a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações e contratarem com o Poder Público, um número considerável de editais de licitação publicados já na vigência da Lei nº 14.112/2020 ainda prevê limitações à habilitação

¹ Artigo recebido em 16.04.2021 e aceito em 19.04.2021.

dessas empresas em processos licitatórios. Para além do plano legal, conclui-se que a imposição de limites para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público, tão somente em virtude de se encontrarem em recuperação judicial, constitui um incentivo reverso ao pretendido por quem defende a existência de tais limitações e afasta as empresas em crise do instituto da recuperação judicial, dificultando sua reestruturação. Por isso, a qualificação econômico-financeira de uma empresa em recuperação judicial que se habilite em licitações deve ser aferida pela Administração Pública, a partir de critérios objetivos, por coeficientes e índices econômicos pré-definidos em edital, entendendo-se como pertinentes as alterações legislativas promovidas sobre a matéria a partir da Lei nº 14.112/2020 e da Lei nº 14.133/2021.

Palavras-Chave: Recuperação judicial. Licitações. Administração pública.

Abstract: This article aims to analyze whether companies in judicial reorganization can participate in bids and contract with the Government, and if there must be limitations for these companies to qualify in bidding processes. After seeking to contextualize the controversy under the regime of Law No. 8,666/1993, to identify the legislative changes brought about by Law No. 14,112/2020 and Law No. 14,133/2021 and their reflexes in the discussion of the matter. To this end, judicial precedents, doctrine, the new wording of article 52, item II, of Law No. 11,101/2005, and article 69, item II, of Law No. 14,133/2021 are examined. 30 bidding documents published in February and March 2021 are also examined, after the new wording of article 52, item II, of Law No. 11,101/2005 entered into force. It appears that, despite the legislative changes consolidating the possibility of companies in judicial reorganization participating in tenders and contracting with the Government, a considerable number of bidding notices published already under Law No. 14,112/2020 still foresees limitations to the qualification of these companies in bidding processes. In addition to the legal plan, it is concluded that the imposition of limits for companies in judicial reorganization to contract

with the Government, just because they are in judicial reorganization, constitutes a reverse incentive to that intended by those who defend the existence of such limitations and removes companies in crisis from the judicial reorganization institute, making their restructuring difficult. For this reason, the economic and financial qualification of a company undergoing judicial reorganization that qualifies for bids must be assessed by the Public Administration, based on objective criteria, by pre-defined economic coefficients and indices in the public notice, with the legislative changes promoted on the matter from Law No. 14,112/2020 and Law No. 14,133/2021 being understood as correct.

Keywords: Reorganizations. Bidding Law. Public administration.

Sumário: Introdução. 1. Habilitação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios na vigência da Lei nº 8.666/1993. 1.1. Do entendimento pela impossibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público. 1.2. Do entendimento pela possibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público. 2. As alterações legislativas promovidas pela reforma à Lei nº 11.101/2005 e pela nova Lei de Licitações. 3. Notas críticas sobre a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios: para além da disciplina legal e do entendimento dos tribunais. Conclusão.

Introdução.

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Públi-

co e o cabimento, ou não, da existência de limitações para o Poder Público contratar com empresas em recuperação judicial, notadamente diante da recente alteração promovida à redação do artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperações e Falências ou LRF) e da previsão constante no artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021 (Lei nº 14.133/2021 ou nova Lei de Licitações).

A controvérsia, existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, iniciou-se principalmente em virtude da antiga redação do artigo 52, inciso II, da LRF, que não dispensava devedores em recuperação judicial de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o devedor em recuperação judicial não estaria dispensado de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (antiga Lei de Licitações), em seu artigo 31, inciso II, mesmo após a criação do instituto da recuperação judicial e a extinção da concordata do ordenamento jurídico, manteve sua redação original ao exigir, para a qualificação econômico-financeira da empresa interessada em participar de licitações, certidões negativas de falência e de concordata, institutos diversos da recuperação judicial.

Para além da controvérsia sobre a possibilidade ou não de se fazer uma interpretação extensiva da exigência de apresentação de certidões negativas de falência e concordata, alcançando as empresas em recuperação judicial e proibindo-as de contratar com o Poder Público, muito se discutiu o confronto entre os princípios do interesse público e da preservação da empresa diante da possibilidade, ou não, de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público.

Afinal, no caso de empresas cujo faturamento se concentra exclusivamente ou majoritariamente em contratos firmados com o Poder Público, a exigência de certidão negativa de recuperação judicial para contratar com o Poder Público coibiria o acesso a esse instituto,

mesmo diante de um cenário de crise. Por outro lado, permitir a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, sem qualquer limitação, aumentaria os riscos de sujeitar o Estado e toda a sociedade à ausência da prestação de serviço em caso de falência da contratada.

Antes da alteração ao artigo 52, inciso II, da LRF, que entrou em vigor no mês de janeiro de 2021, viu-se posicionamentos antagônicos da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, assim como posições intermediárias, que condicionavam a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público ao atendimento de determinados critérios, como já ter havido a aprovação do plano de recuperação judicial proposto. Os diversos entendimentos sobre o tema se refletiam também nos editais de licitação pública, inexistindo uniformidade até mesmo entre editais da União ou de entes federativos específicos.

A recente alteração ao artigo 52, inciso II, da LRF, deixa claro que não haverá mais a necessidade de empresas em recuperação judicial apresentarem certidões negativas para contratar com o Poder Público. Contudo, nos primeiros meses de vigência da nova disciplina, diversos editais mantêm a exigibilidade das certidões negativas de concordata ou recuperação judicial, e outros, apesar de não vedarem a participação de empresas em recuperação judicial, continuam estipulando limitações para a participação dessas empresas, exigindo a demonstração da aprovação do plano de recuperação judicial ou até mesmo uma certidão que comprove que o plano de recuperação judicial aprovado vem sendo cumprido.

Em abril de 2021, com a promulgação e a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, retirou-se a exigência legal de apresentação de certidão negativa de concordata pelas empresas que desejarem se habilitar em licitações, permanecendo apenas a determinação de junta da de certidão negativa de falência.

Não obstante pareça que a possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público irá se consolidar,

ainda é incerto se os editais publicados após a entrada em vigor da nova Lei de Licitações irão admitir, sem nenhum óbice, a habilitação de empresas em recuperação judicial, também não havendo como prever, com certeza, como irão se comportar os tribunais diante das recentes alterações legislativas.

Além de procurar enfrentar as discussões que permeavam a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020 e da nova Lei de Licitações, a relevância do presente artigo se dá em virtude das recentes alterações legislativas na disciplina sobre o tema, que deverão refletir sobre o teor dos editais de licitação e sobre o entendimento dos tribunais brasileiros.

1. Habilitação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios na vigência da Lei nº 8.666/1993.

Ao tratar das normas dirigidas à Administração Pública, a Constituição Federal previu expressamente, no artigo 37, inciso XXI, que deverão ser exigidas qualificações técnicas e econômicas dos licitantes que desejam contratar com o Poder Público, que garantam o cumprimento das obrigações que seriam assumidas pelo vencedor do processo licitatório.

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 27, também previu que, para a habilitação em procedimentos de licitação, seria exigida documentação que comprovasse, dentre outras qualificações do licitante, a econômico-financeira.

Por meio dos documentos que comprovem a qualificação econômico-financeira do licitante, busca-se dados e informações que presumam a capacidade do licitante de satisfazer os encargos econômicos necessários ao cumprimento do objeto da licitação.

Ao prever a documentação necessária para que o licitante comprovasse sua qualificação econômico-financeira, a Lei nº

8.666/1993 listou as certidões negativas de falência e de concordata como indispensáveis à habilitação no procedimento de licitação, em seu artigo 31, inciso II.

Na época da promulgação da Lei nº 8.666/1993, a concordata era o instrumento disponível ao devedor empresário para tentar superar o período de crise e manter suas atividades, previsto no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Alvo de diversas críticas da doutrina muitos anos antes de sua revogação,² a concordata se dividia nas espécies preventiva e suspensiva, a depender se eram ajuizadas antes ou após a decretação de falência do devedor. Consistia em um instituto limitado, ao qual se sujeitavam apenas os credores quirografários, que eram pagos mediante condições pré-determinadas em lei, havendo pouco espaço de negociação entre o devedor e os seus credores.

Não havia qualquer controvérsia, pelo menos no texto legal, sobre a impossibilidade de empresas em concordata participarem de licitações e contratarem com o Poder Público.

Com o advento da LRF, em substituição ao Decreto-Lei nº 7.661/1945, o legislador instituiu novos mecanismos de preservação da empresa na tutela da crise, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, revogando-se a concordata. Contudo, não se sabe se propositadamente ou não, após o início da vigência da LRF não houve qualquer alteração à redação do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que expressamente previa a exigência de apresentação de certidões negativas de falência e de concordata para habilitação

2 “Não podemos, com efeito, concordar que numa sociedade de economia acentuadamente planejada, na qual, para obtenção de quaisquer financiamentos ou incentivos oficiais, exigem-se previsões e projetos de viabilidade, se conceda um benefício de larga repercussão econômica e social ao empresário comercial, plantado apenas em discutíveis pressupostos formais, sem a mínima preocupação de análise dos planos que se pretende adotar para cumpri-los. [...] Por esses motivos, antevemos uma reformulação geral do instituto das concordatas, para pô-las a serviço do interesse coletivo e não apenas do empresário frustrado em suas atividades” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 05-06).

em procedimento de licitação, sendo omissa quanto à eventual certidão negativa de recuperação judicial.

Apesar de possuir algumas características em comum com a concordata, a recuperação judicial consiste em mecanismo com diversas distinções, previsto para a reestruturação de atividades empresariais viáveis que se encontrem em crise financeira momentânea, por meio do qual o empresário, a empresa ou o grupo de empresas³ devedor solicita ao Poder Judiciário a proteção de seu patrimônio enquanto negocia com seus credores a aprovação de um plano de soerguimento e quitação das dívidas existentes à data do pedido, denominado plano de recuperação judicial.

Diante da constatação de que recuperação judicial e concordata consistem em institutos diferentes, começou a se instaurar controvérsia em relação à contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público: a possibilidade, ou não, de se interpretar de forma extensiva a exigência de apresentação de certidão negativa de concordata, prevista na Lei nº 8.666/1993, a fim de também vedar a habilitação de empresas em recuperação judicial.

Os tribunais brasileiros e o próprio Poder Público adotaram, pelo menos até a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, diferentes entendimentos sobre a matéria, podendo-lhes separar em três grupos: (i) as decisões e os editais de licitação que negam a participação de empresas em recuperação judicial em licitações e a sua contratação pelo Poder Público; (ii) as decisões e os editais que, sem qualquer limitação, possibilitam às empresas em recuperação judicial par-

3 Apesar de o grupo de empresas não constar no rol de legitimados a requerer recuperação judicial, previsto no artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, a doutrina e a jurisprudência pátrias, praticamente uníssonas, admitem o processamento de pedido de recuperação judicial formulado por grupo de empresas, seja de direito, seja de fato. Nesse sentido, ver: CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direito Societário, Processual e Concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Processo Societário II*: adaptado ao Novo CPC – Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Quartier Latim, 2015.

ticipar de licitações e contratar com o Poder Público, e (iii) as decisões e os editais que, apesar de permitirem às empresas em recuperação judicial contratar com o Poder Público, estabelecem limitações objetivas para a habilitação de empresas que se encontram em recuperação judicial, a exemplo da exigência de já terem aprovado o seu plano de recuperação judicial.

Para além do debate hermenêutico, a discussão da matéria envolveu o confronto entre princípios que regem a recuperação de empresas e a Administração Pública, notadamente a preservação da empresa e o interesse público. Conforme se verá a seguir, quase sempre a interpretação dada aos artigos 52, inciso II, da LRF e 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 era embasada em um desses princípios, ou mesmo na sua ponderação.

1.1. Do entendimento pela impossibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público.

Ainda poucos anos depois do início da vigência da LRF, deparando-se com um pedido para que fosse expedida uma certidão positiva com efeitos de negativa de recuperação judicial, por uma empresa do ramo de engenharia que tinha como uma de suas atividades centrais a realização de obras públicas e estava sendo impedida de se habilitar em novas licitações, a 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), em 2012, no julgamento do Agravo de Instrumento de nº 0227146-52.2011.8.26.0000,⁴ consignou o seu entendimento contrário à contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público.

4 “Não se deve admitir que no intuito de assegurar a continuidade de uma empresa com a saúde econômico-financeira debilitada, seja a ela permitido contratar com a Administração Pública, colocando em risco, por exemplo, a realização de obras de relevante interesse social.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito

Em seu voto, o Des. Relator Francisco Loureiro entendeu que não se poderia admitir que, para assegurar a continuidade de uma empresa com a saúde financeira debilitada, fosse a ela permitido contratar com a Administração Pública, colocando em risco a realização de obras de relevante interesse social.

No mesmo sentido, já se manifestou a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), em 2016, no julgamento do Mandado de Segurança de nº 0294834-45.2016.8.21.7000, impetrado pelo Município de Canoas/RS em face de decisão proferida pelo juízo da Vara de Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, que havia dispensado uma empresa em recuperação judicial de apresentar as certidões negativas exigidas no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, para a habilitação em uma licitação de obra pública daquele município.

Na fundamentação do acórdão, pelo qual foi concedida a segurança para tornar sem efeito a determinação do juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial, o Des. Relator, João Barcelos de Souza Júnior, afirmou que “a lei proíbe expressamente que empresa em recuperação judicial participe de contratação com o Poder Público”, ao fazer referência à antiga redação do artigo 52, inciso II, da LRF. Destacou, ainda, que a proibição não violaria o princípio da razoabilidade, vez que “uma empresa em recuperação judicial pode vir a falir e, por consequência, inadimplir o contrato, causando graves prejuízos à sociedade e ao Erário Público”.⁵

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC), em decisão dividida tomada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público,

Empresarial. Agravo de Instrumento nº 0227146-52.2011.8.26.0000. Relator: Des. Fernando Loureiro. Data de Publicação: 11 jun. 2012).

5 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. Mandado de Segurança nº 0294834-45.2016.8.21.7000. Relator: Des. João Barcelos de Souza Junior. Data de Publicação: 28 out. 2016.

em 2018, nos autos do Mandado de Segurança de nº 0307775-85.2017.8.24.0023,⁶ também se posicionou pela impossibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público. No voto do Des. Relator designado para o acórdão, Hélio do Valle Pereira, reconheceu-se que o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 fazia menção apenas ao instituto da concordata, não sendo expresso quanto à recuperação judicial. Todavia, para o mesmo desembargador relator designado para o acórdão e para a maioria dos desembargadores, a recuperação judicial e a concordata consistiriam em “figura afins”, e que não se estaria fazendo analogia ao proibir empresas em recuperação judicial de contratar com o Poder Público, mas se trataria de “ler a lei anterior de maneira contemporânea”, impedindo a Administração Pública de contratar com quem passasse por crise financeira.

Em outro trecho do voto vencedor, consignou-se que se estaria diante de um confronto entre o princípio da preservação da empresa e a “segurança merecida pela Administração”, não sendo justo deslocar para o Poder Público o risco da contratação. Além disso, mesmo que se tratasse de uma empresa que se dedicasse exclusivamente ou predominantemente a contratos administrativos, entendeu-se que a crise apenas indicaria a sua incapacidade de manutenção do equilíbrio econômico diante dos contratos ativos, não havendo razões para confiar que o quadro melhoraria caso conseguisse novos contratos.

O entendimento contrário à contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público também já foi reconhecido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG), em 2016, no Agravo de Instrumento de nº 1.0024.16.057905-8/002,⁷ de relatoria para o acórdão da Des^a. Ana Paula Caixeta. Na

6 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Grupo de Câmaras de Direito Público. Mandado de Segurança nº 0307775-85.2017.8.24.0023. Relator: Des. Hélio do Valle Pereira. Data de Publicação: 31 ago. 2018.

7 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 4ª Câmara Cível. Agravo de

ocasião, defendeu-se que possibilitar empresas em recuperação judicial se habilitarem em licitações ofenderia tanto o interesse público quanto o princípio da isonomia. O interesse público seria violado porque poderia se sagrar vencedora da licitação empresa que, em tese, não teria capacidade para satisfazer os encargos decorrentes do contrato. Já o princípio da isonomia seria infringido porque as demais empresas licitantes continuariam obrigadas a comprovar a sua boa situação financeira.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE), em 2018, no Mandado de Segurança nº 0622694-13.2016.8.06.0000,⁸ decidiu contra a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, também afirmando que tal possibilidade violaria o princípio do interesse público e o princípio da isonomia. Pelo voto do Des. Relator, Antônio Abelardo Benevides Moraes, o interesse público seria atingido porque a escolha de uma empresa sem capacidade para satisfazer os encargos decorrentes do contrato possibilitaria a realização de pagamentos indevidos e/ou que os serviços fossem prestados fora do prazo ou de forma insatisfatória, enquanto a isonomia seria quebrada na medida em que as demais empresas licitantes continuariam obrigadas a comprovar sua boa situação financeira.

Na doutrina, Marçal Justen Filho⁹ se filiou ao entendimento pela vedação à participação em licitações de empresas em recuperação judicial. Apesar de reconhecer que recuperação judicial e concordata são institutos distintos, defendeu que o entendimento dos efeitos da concordata sobre a contratação administrativa também deveria ser

Instrumento de nº 1.0024.16.057905-8/002. Relatora p/ o Acórdão: Des. Ana Paula Caixeta. Data de Publicação: 30 set. 2016.

8 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Órgão Especial. Mandado de Segurança nº 0622694-13.2016.8.06.0000. Relator: Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. Data de Publicação: 11 jul. 2018.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 478.

aplicado à recuperação judicial, principalmente porque, na recuperação judicial, seria mantida a presunção de insolvência do sujeito ativo, que existia na concordata.

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁰ ao comentar fatos supervenientes à habilitação no procedimento de licitação, apontou tanto a falência quanto a recuperação judicial como exemplos de “elisão da aptidão econômica e financeira do licitante”, posicionando-se, portanto, pela impossibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público.

1.2. Do entendimento pela possibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público.

Em sentido oposto ao entendimento pela vedação à participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, decisões mais recentes de tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ), já vinham permitindo a habilitação dessas empresas em processos licitatórios, mesmo antes da vigência da Lei nº 14.112/2020 e da nova Lei de Licitações.

Interessante observar, contudo, que ainda não há unanimidade de se, apesar de possibilitar a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, devem ser estabelecidas limitações objetivas para os empresários e sociedades empresárias que se encontrem sob o referido regime previsto na LRF.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), por exemplo, em sua Súmula nº 50,¹¹ aprovada pela Resolução nº

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 613.

11 SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Súmula nº 50*. Data de Publicação: 15 dez. 2016. Disponível em: «<https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/resolucao/resolucao-052019/sumula-50>». Acesso em: 25 mar. 2021.

10/2016, publicada no Diário Oficial do Estado em 15/12/2016, prevê expressamente que a Administração Pública não pode impedir a participação, em processos licitatórios, de empresas em recuperação judicial. Contudo, a mesma súmula prevê que poderá ser exigida, durante a fase de habilitação da licitação, o plano de recuperação judicial já homologado pelo juízo competente, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira previstos no edital.

O Parecer nº 04/2015 da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Advocacia-Geral da União¹² também se posicionou pela distinção que deve ser dada às empresas que tão somente requereram recuperação judicial, daquelas que já tiveram o seu plano de recuperação judicial aprovado pelos credores e homologado pelo juízo competente. Em determinado trecho do parecer,¹³ recomenda-se que no próprio edital de licitação conste a menção de que, às empresas em recuperação judicial que desejarem se habilitar, será exigida a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação judicial já foi homologado pelo juízo competente.

Diversos tribunais de justiça, no mesmo sentido, também já decidiram pela possibilidade de habilitação em licitações de empresas em recuperação judicial, desde que comprovada a homologação

12 BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSUIPGFAGU*. Proferido em: 12 mai. 2015. Disponível em: «<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN042015CPLCDEPCONSUIPGFAGU.pdf>». Acesso em: 24 mar. 2015.

13 Veja-se: “Caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, sendo recomendável que no próprio edital do certame conste a menção de que será exigido da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial.” (BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSUIPGFAGU*. Proferido em: 12 mai. 2015. Disponível em: «<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN042015CPLCDEPCONSUIPGFAGU.pdf>». Acesso em: 24 mar. 2015).

do plano de recuperação judicial pelo juízo competente, momento em que seria aferida a sua viabilidade.¹⁴

Fazendo menção expressa à Súmula nº 50 do TCE/SP, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ/SP, em 2020, em sede do Agravo de Instrumento nº 2181263-33.2020.8.26.0000,¹⁵ decidiu pela regularidade da exigência de apresentação, pela empresa em recuperação judicial, do seu plano de recuperação judicial homologado. Em seu voto, o Des. Relator, Manoel Pereira Calças, afirmou que a empresa em recuperação judicial tem a obrigação de apresentar seu plano de recuperação judicial homologado e comprovar ao Poder Público que tem condições econômico-financeiras de cumprir o contrato objeto da licitação.

Decisão praticamente idêntica foi tomada pela 4ª Câmara Cível do TJ/MG, em 2020, nos autos da Apelação Cível nº 5019754-30.2020.8.13.0024.¹⁶ No seu voto, o Des. Relator, Moreira Diniz, consignou que a exigência de apresentação de plano de recuperação judicial homologado, para as empresas em recuperação judicial que se habilitassem em licitação, constituiria uma forma de a Administração “assegurar que a empresa em recuperação tem, dentro do possível, qualificação econômica e financeira para participar do certame”.

Interessante observar, por outro lado, que os dois tribunais de justiça citados acima também já decidiram pela ilegalidade da exigên-

14 Vale destacar que, apesar de aparentemente serem em menor número, há decisões judiciais reconhecendo a legalidade de editais que determinam que a empresa em recuperação judicial apresente certidões, emitidas pelo juízo competente, de que estaria cumprindo o plano de recuperação judicial homologado. Vide: MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. 2ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 0106580-23.2013.8.11.0000. Relatora: Des. Clarice Claudino da Silva. Data de Publicação: 07 fev. 2014.

15 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2181263-33.2020.8.26.0000. Relator: Des. Manoel Pereira Calças. Data de Publicação: 11 dez. 2020.

16 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 5019754-30.2020.8.13.0024. Relator: Des. Moreira Diniz. Data de Publicação: 11 dez. 2020.

cia de comprovação da homologação do plano de recuperação judicial, para as empresas sob esse regime que se habilitaram em procedimentos de licitação.

A 4ª Câmara Cível do TJ/MG, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0867951-48.2017.8.13.0000,¹⁷ em 2018, declarou que a exigência “ultrapassa o princípio da legalidade e da razoabilidade”, vez que os requisitos para habilitação em procedimentos licitatórios seriam taxativos, não comportando interpretação extensiva.

O TJ/SP, igualmente, possui acórdãos reputando como ilegal a exigência de apresentação de comprovação da homologação de plano de recuperação judicial pelas empresas em recuperação judicial que se habilitaram em processos de licitações.¹⁸ No Agravo de Instrumento nº 2225218-85.2018.8.26.0000,¹⁹ em 2019, por exemplo, a sua 10ª Câmara de Direito Público entendeu que, por ainda não ter havido a apreciação do plano de recuperação judicial pelos credores, enquanto não fosse homologado o plano, a empresa estaria dispensada de apresentar a certidão prevista no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Na mesma linha, sem exigir das empresas em recuperação judicial a comprovação da homologação de seu plano de recuperação judicial, para que pudessem se habilitar em licitações, já decidiram outros vários tribunais de justiça, como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,²⁰ o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso²¹ e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.²²

17 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0867951-48.2017.8.13.0000. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes. Data de Publicação: 13 mar. 2018.

18 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2043898-05.2018.8.26.0000. Relator: Des. Paulo Barcellos Gatti. Data de Publicação: 18 abr. 2018.

19 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2225218-85.2018.8.26.0000. Relator: Des. Marcelo Semer. Data de Publicação: 30 jan. 2019.

20 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. 6ª Câmara

Merece destaque o entendimento da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), em 2017, no Agravo de Instrumento de nº 0043065-84.2016.8.19.0000,²³ que definiu a possibilidade de participação da Oi S/A e das demais empresas que integraram o litisconsórcio ativo da recuperação judicial, em licitações com o Poder Público. No voto condutor do acórdão, a Des^a. Relatora, Mônica Maria Costa Di Piero fundamentou sua posição notadamente no fato de que impedir empresa em recuperação judicial de se habilitar em licitações iria de encontro ao princípio da preservação da empresa, ainda mais quando sua principal fonte de receitas advém do Poder Público, e na impossibilidade de se interpretar de forma extensiva o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 de forma a abarcar a recuperação judicial,

No âmbito federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou sobre a matéria por mais de uma vez no sentido de declarar a possibilidade da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial. No Acórdão 8271/2011, proferido na Representação nº 020.996/2011-0,²⁴ em 2011, de relatoria do Min. Aroldo Cedraz, ficou registrada a possibilidade participação, em licitações, de empresa em recuperação judicial, desde que “amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a

Cível. Agravo de Instrumento nº 0069985-51.2020.8.21.7000. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Data de Publicação: 12 fev. 2021.

21 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo. Agravo de Instrumento nº 1002525-10.2018.8.11.0006. Relator: Des. Luiz Carlos da Costa. Data de Publicação: 08 jul. 2017.

22 BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 8011337-05.2018.8.05.0000. Relator: Des. Roberto Maynard Frank. Data de Publicação: 18 dez. 2018.

23 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0043065-84.2016.8.19.0000. Relatora: Des. Mônica Maria Costa Di Piero. Data de Publicação: 01 set. 2017.

24 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Representação nº 020.996/2011-0. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Acórdão nº 8271/2011. Data da Sessão: 27 set. 2011.

interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”.

Recentemente, no Acórdão 1201/2020, proferido na Representação nº 037.266/2019-5, de relatoria do Ministro Vital do Rego, mais uma vez o TCU se posicionou pela possibilidade da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparada em certidão expedida pela instância judicial competente.

O STJ, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES,²⁵ em 2018, de relatoria do Min. Gurgel de Faria, também entendeu pela possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações.

Em seus fundamentos, o Min. Gurgel de Faria entende que não há previsão legal para a cobrança de certidão negativa de recuperação judicial, vez que a Lei nº 8.666/1993 apenas mencionava a exigência de apresentação de certidões negativas de concordata e falência. Na visão do ministro, não seria possível fazer interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, considerando sua natureza restritiva de direitos e diante do princípio da legalidade. Por outro lado, considerando que a atuação da Administração Pública se norteia pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, o Min. Gurgel de Faria consignou a necessidade da adoção de “providências a fim de avaliar se a empresa recuperanda participante do certame, caso seja vencedora, tem condições de suportar os custos da execução do contrato”.

Na doutrina, também há posicionamentos pela possibilidade da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial.

Jonábio Barbosa dos Santos e Tássia Amorim Figueiredo,²⁶ ao

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES 2013/0064947-3. Relator: Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 26 jun. 2018. Data de Publicação: 08 ago. 2018.

26 SANTOS, Jonábio Barbosa dos; FIGUEIREDO, Tássia Amorim. Ponderação equilibrada de

defenderem a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, destacam, além da inexistência de previsão legal para a exigência de “certidão negativa de recuperação judicial” na Lei nº 8.666/1993, o equívoco da premissa de que empresas em recuperação judicial não teriam condições de cumprir o objeto proposto pelo Poder Público, vez que o instituto seria fundamentado na viabilidade da empresa, e não na constatação de sua insolvência plena.

Como na jurisprudência, todavia, há quem defenda a possibilidade de habilitação apenas de empresas em recuperação judicial que já tiveram o seu plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz competente, e quem sustenta ser incabível a imposição de limitações como essa.

Mauro Rodrigues Penteado,²⁷ por exemplo, logo após a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, defendeu que as empresas que já tiveram a recuperação judicial concedida, após o plano de recuperação ter sido aprovado pelos credores, poderiam participar de licitações, argumentando que, em muitos casos, a participação nesses certames e a possibilidade de contratar com o Poder Público consistiriam em um importante fator para que superassem as dificuldades financeiras enfrentadas. Para o autor, não haveria motivos para afastar de licitações empresas cuja viabilidade de atuação eficiente no mercado já teria passado pelo crivo dos credores, sob supervisão do juízo competente.

Por outro lado, Alexandre Levin²⁸ critica justamente o entendi-

princípios: a possibilidade jurídica de empresa em recuperação judicial participar de licitações públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 67-91, abr./jun. 2020, p. 82.

27 PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 2º. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112.

28 LEVIN, Alexandre. Participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas: Entendimentos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura-RDAI*, v. 14/2020, p. 283-302, jul./set. 2020.

mento sumulado do TCE/SP, comentado acima, pelo qual poderia ser exigida comprovação, da empresa em recuperação judicial que se habilitasse em licitações, de que o seu plano de recuperação já teria sido aprovado pelos credores e homologado judicialmente. Ao se posicionar de forma contrária à exigência de plano de recuperação aprovado como critério para qualificação econômico-financeira do licitante, Alexandre Levin destaca que, ao homologar o plano, o juiz não leva em consideração se a empresa tem condições, ou não, de contratar com o Poder Público, e que a homologação do plano não comprova que o objeto contratual das licitações, em que a empresa participará, será executado sem riscos ao interesse coletivo, ou que a empresa é viável econômica e financeiramente para firmar ajustes com a Administração Pública.

2. As alterações legislativas promovidas pela reforma à Lei nº 11.101/2005 e pela nova Lei de Licitações.

Conforme pontuado na introdução deste artigo, o presente estudo não pretende esgotar a jurisprudência dos tribunais sobre a matéria ou analisar, de forma profunda, a doutrina existente, notadamente porque a controvérsia debatida assumiu novos contornos após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, que modificou a Lei nº 11.101/2005, e da Lei nº 14.133/2021, correspondente à nova Lei de Licitações. Neste tópico, após ter sido contextualizada a discussão da matéria sob as regras anteriores, procura-se firmar uma posição a partir das recentes modificações legislativas,

Em vigor desde janeiro de 2021, a Lei nº 14.112/2020 promoveu diversas alterações à LRF. Para o que importa a este estudo, destaca-se a modificação promovida ao artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/2005, colacionando, a seguir, a antiga e a nova redação do dispositivo:

Lei nº 11.101/2005 (Redação original):

Art. 52. Estando em termos a documentação exi-

gida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

[...]

Lei nº 11.101/2005 (Redação após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020):

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, observado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 desta Lei;

[...]

De início, importante destacar que a redação original da LRF não impedia empresas em recuperação judicial de se habilitarem em licitações, tanto que, indiretamente, mencionava a possibilidade de contratação com o Poder Público, desde que fossem apresentadas as certidões negativas previstas no correspondente edital de licitação, a exemplo das certidões negativas de débitos tributários. Parece claro que, se o intuito da Lei nº 11.101/2005 fosse proibir a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, ou se o legislador tivesse partido desse pressuposto, a redação original da LRF não mencionaria essa possibilidade.

Contudo, a ausência de uma afirmação expressa no texto legislativo de que empresas em recuperação judicial poderiam contra-

tar com o Poder Público, somada à exceção feita para exigir a apresentação de certidões negativas nessas contratações, deu espaço para a interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e à vedação à habilitação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, a partir da exigência de “certidão negativa de recuperação judicial”.

A partir das modificações implementadas pela Lei nº 14.112/2020, tornou-se inexistente a apresentação de certidões negativas pelas empresas em recuperação judicial, em qualquer circunstância de sua atividade empresarial, inclusive para contratações com o Poder Público. Tal interpretação pode ser alcançada, em primeiro lugar, a partir da própria retirada da exceção pré-existente às contratações feitas com o Poder Público. Em segundo lugar, a menção expressa ao artigo 195, §3º, da Constituição Federal – que veda a contratação, pelo Poder Público, de empresas em débito com o sistema de seguridade social –, a *contrario sensu*, indica que, não havendo dívidas perante o sistema de seguridade social, a empresa em recuperação judicial poderá contratar com o Poder Público.

A reforma à redação do artigo 52, inciso II, da LRF, portanto, parece ter eliminado, por si só, a possibilidade de se exigir “certidão negativa de recuperação judicial” em licitações, vez que o entendimento nesse sentido era fundamentado, essencialmente, no fato de as empresas em recuperação judicial não estarem dispensadas de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público.

Não obstante, após análise de uma amostra de 30 (trinta) editais de licitação publicados após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, viu-se diversos editais ainda prevendo a exigência de apresentação de “certidão negativa de recuperação judicial”, assim como editais limitando a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial que já tiveram o seu plano homologado pelo juízo competente.

Vê-se, abaixo, um quadro com a indicação dos 30 (trinta) editais estudados, – dos quais 10 (dez) da União, 10 (dez) de Estados e

10 (dez) de Municípios –, publicados entre 01 de fevereiro de 2021 e 31 de março de 2021, divididos entre aqueles que (i) permitem a participação de empresas em recuperação judicial, ao não estipular qualquer limitação nesse sentido, nem mesmo exigindo apresentação de certidão negativa de concordata; (ii) permitem a participação de empresas em recuperação judicial, mas com limitações objetivas, a exemplo da exigência de comprovação da homologação do plano pelo juízo competente, (iii) não permitem a participação de empresas em recuperação judicial, de forma expressa ou a partir da exigência de “certidão negativa de recuperação judicial” e, por fim, (iv) não permitem, de forma expressa, apenas a participação de empresas em concordata, exigindo a apresentação de certidão negativa de concordata – havendo dúvidas quanto à possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial:

(I) EDITAIS DE LICITAÇÃO QUE PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, SEM LIMITAÇÕES QUANTO AO ESTÁGIO DO PROCESSO		
DATA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL	NÚMERO DO EDITAL	ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
03/02/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 01245.009744/2020-31)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES
22/02/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 02000.003616/2020-10)	UNIÃO - MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE
08/03/2021	EDITAL Nº 02/2021 (PROCESSO Nº 48340.003652/2020-23)	UNIÃO - MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA
(II) EDITAIS DE LICITAÇÃO QUE PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM LIMITAÇÕES QUANTO AO ESTÁGIO DO PROCESSO		
DATA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL	NÚMERO DO EDITAL	ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

04/02/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 140-52906/2020)	MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS/MA - SECRETARIA MUNICIPAL DA CRIANÇA E ASSISTÊNCIA SOCIAL
12/03/2021	EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N. 054/2021 (PROCESSO Nº 4.416/2021-03)	MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS - SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
17/03/2021	EDITAL Nº. 744/2020 (PROCESSO URBS Nº 20.0.000118578-1)	MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS - SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E GESTÃO
18/03/2021	EDITAL Nº 02/2021 (PROCESSO Nº 49.764/2020)	GOVERNO DE SÃO PAULO - SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE
18/03/2021	EDITAL Nº 14/2021 (PROCESSO Nº 2021-4XGFX)	GOVERNO DO ESPÍRITO SANTO - SECRETARIA DE SAÚDE
24/03/2021	EDITAL PREGÃO Nº 38 (PROCESSO Nº 06.00228/2021)	MUNICÍPIO DE PORTO VELHO/RO - SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
25/03/2021	EDITAL PREGÃO Nº: 86/2021/DELTA/SUPEL/RO (0057.449333/2020-30)	GOVERNO DE RONDÔNIA - SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
25/03/2021	EDITAL Nº 03/2021 (PROCESSO Nº 04.001.121/20-38)	MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE/MG - SECRETARIA DE OBRAS E INFRAESTRUTURA
(III) EDITAIS DE LICITAÇÃO QUE NÃO PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL		
DATA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL	NÚMERO DO EDITAL	ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

02/02/2021	EDITAL Nº 014/2021 (PROCESSO Nº 13101.005483/2020.02)	GOVERNO DE RORAIMA - SECRETARIA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO E OUTRAS
19/02/2021	EDITAL Nº. 20210004/SEJUV	GOVERNO DO CEARÁ - SECRETARIA DO ESPORTE E DA JUVENTUDE DO ESTADO DO CEARÁ
24/02/2021	EDITAL Nº 059/SMA/DSL/202	MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC - SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO
01/03/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 09013.000199/2020-53)	UNIÃO - MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES
02/03/2021	EDITAL Nº 05/2021 (PROCESSO Nº 08118.004678/2020-16)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (DEPEN)
03/03/2021	EDITAL Nº 010/2021 (PROCESSO Nº 050/2021)	GOVERNO DA BAHIA - SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRA-ESTRUTURA E SERVIÇOS PUBLICOS
04/03/2021	EDITAL Nº 4/2021 (PROCESSO Nº 71000.027843/2019-10)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA CIDADANIA
10/03/2021	EDITAL Nº 04 (PROCESSO Nº 33910.025580.2020-96)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA SAÚDE
11/03/2021	EDITAL Nº 001/2021 (PROCESSO Nº 33980/2020)	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA/GO - SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO URBANO E HABILITAÇÃO
15/03/2021	EDITAL Nº 031/2021 (PROCESSO Nº 2020/11209/18988/00002)	MUNICÍPIO DE MANAUS/AM - SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, PLANEJAMENTO E GESTÃO

16/03/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 302647/2020)	GOVERNO DO MATO GROSSO - SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA
18/03/2021	EDITAL N.º 12.003/2020	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP - SEM SECRETARIA EXPRESA
24/03/2021	EDITAL Nº 001/2021 (PROCESSO Nº 202100047000346)	GOVERNO DE GOIÁS - SECRETARIA ADMINISTRATIVA
29/03/2021	EDITAL Nº 052/2021 (PROCESSO Nº 11709/2019)	GOVERNO DE SANTA CATARINA - SECRETARIA DE ESTADO DA INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE
30/03/2021	EDITAL Nº 05/2021 (PROCESSO Nº 23000.020536/2020-07)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
31/03/2021	EDITAL Nº 0041/2021 (PROCESSO Nº 19/0435-0025996-5)	GOVERNO DO RIO GRANDE DO SUL - SECRETARIA ADMINISTRATIVA
(IV) EDITAIS QUE NÃO PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONCORDATA (SEM MENÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL)		
03/02/2021	EDITAL Nº 24.025/2021 (PROCESSO Nº 008176/2020-73)	MUNICÍPIO DE NATAL/RN - SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
11/02/2021	EDITAL Nº 04/2021 (PROCESSO Nº 19973.107045/2020-97)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA ECONOMIA
23/03/2021	EDITAL Nº 05/2021 (PROCESSO Nº 53115.019276/2020-92)	UNIÃO - MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

Mesmo considerando o pouco tempo de vigência da nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, e que a amostra de editais estudados pode não refletir com exatidão a proporção entre os editais de

licitação que permitem, ou não, a participação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios, chama atenção o expressivo número de editais que ainda contêm disposições que vedam a habilitação de empresas em recuperação judicial.

Vê-se, também, que não existe uniformidade nem mesmo entre os editais de ministérios do Governo Federal: enquanto os editais de determinados ministérios (ex.: Ministério do Meio Ambiente) não vedam a participação de empresas em recuperação judicial e nem fazem menção à certidão negativa de concordata, editais de outros ministérios (ex.: Ministério das Relações Exteriores) impedem a habilitação de empresas em recuperação judicial, de forma expressa, e editais de outros ministérios (ex.: Ministério da Economia) apenas fazem menção expressa à exigência de apresentação de certidão negativa de concordata, não sendo claros quanto à possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial.

Além da reforma à Lei nº 11.101/2005, cujas alterações entraram em vigor em janeiro de 2021, em abril de 2021 foi promulgada a nova Lei de Licitações, que também promoveu modificações legislativas que impactam a discussão da matéria ora estudada.

Pelo artigo 69, inciso II, da nova Lei de Licitações, suprimiu-se a exigência de apresentação de certidão negativa de concordata e, ao invés de ser incluída menção à “certidão negativa de recuperação judicial”, o legislador optou por exigir tão somente a apresentação de certidão negativa de falência. Veja-se o comparativo entre o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133/2021:

Lei nº 8.666/1993:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

[...]

Lei nº 14.133/2021:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

[...]

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

[...]

A modificação promovida pela Lei nº 14.133/2021, mesmo sem considerar a nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, já infirmaria a possibilidade de o Poder Público vedar a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, vez que tal entendimento também advinha, fundamentalmente, da interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que previa a necessidade de apresentação de certidão negativa de concordata. Se a interpretação extensiva desse dispositivo, para estender o conceito de concordata à recuperação judicial, já era condenada por parte considerável da doutrina e da jurisprudência, uma possível interpretação extensiva do artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, para abranger os casos de recuperação judicial, parece ter ainda menos razão.

Somando-se o novo artigo 52, inciso II, da LRF, ao artigo 69, inciso II, da nova Lei de Licitações, conclui-se tanto que não poderá ser exigida qualquer certidão negativa para que empresa em recuperação judicial se habilite em licitações, quanto que apenas as empresas falidas deverão ser impedidas de participar de licitações. O mero fato de estar em recuperação judicial não poderá mais obstar empresas de contratarem com o Poder Público, não mais subsistindo qualquer interpretação minimamente razoável que possibilite à Adminis-

tração Pública excluir, de pronto, empresas em recuperação judicial de processos licitatórios.

Isso não quer dizer, todavia, que toda empresa em recuperação judicial estará apta a licitar com o Poder Público. Em que pese as considerações feitas acima, deverão ser obedecidas as demais exigências da nova Lei de Licitações e de cada edital em específico no que concerne à demonstração da viabilidade econômico-financeira da atividade. O fato de uma empresa estar em recuperação judicial não lhe dispensa a apresentação dos documentos necessários à comprovação da habilitação econômico-financeira.

Resta saber, primeiro, se as recentes alterações legislativas encerrarão a controvérsia sobre a possibilidade de participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial. Pela análise da amostra de editais publicados entre fevereiro e março de 2021, indicados acima, quando já estava em vigor a nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, vê-se que diversos Estados e Municípios ainda não se adequaram à nova regulamentação da matéria.

Espera-se que, após a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, que rege diretamente todo o procedimento licitatório e serve de baliza aos editais, todos os entes deem atenção ao tema e ajustem os próximos editais de licitação, refletindo as novas exigências legais, dentre elas a constante no artigo 69, inciso II.

Por fim, resta saber se, não obstante possibilitar a habilitação de empresas em recuperação judicial, subsistirá o entendimento de que a participação dessas empresas, em licitações, deve ser condicionada à comprovação da concessão da recuperação judicial pelo juízo competente ou ao atendimento a outros critérios ligados ao estágio em que se encontra o processo. Ainda que se diga que a estipulação de critérios – como a demonstração da homologação do plano de recuperação judicial – para que empresas em recuperação judicial possam se habilitar em licitações não possui previsão legal na nova Lei de Licitações, também inexistia previsão em tal sentido na Lei nº

8.666/1993, e mesmo assim diversos tribunais e editais adotaram esse entendimento.

3. Notas críticas sobre a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios: para além da disciplina legal e do entendimento dos tribunais.

Conforme demonstrado nos tópicos acima, havia, pelo menos após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020 e da Lei nº 14.133/2021, duas posições bem definidas na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade, ou não, da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, assim como uma intermediária, pela qual se permite a habilitação de empresas em estágios mais avançados do processo de recuperação judicial.

Também como antecipado acima, as reformas legislativas recentes, que repercutiram sobre a discussão objeto deste estudo, tendem a fragilizar o entendimento pela impossibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público e a consolidar a regularidade da habilitação dessas empresas em procedimentos licitatórios.

Não obstante essa previsão, não há como garantir que a controvérsia se encerrará. Primeiro, porque diversos editais continuaram a vedar a habilitação de empresas em recuperação judicial nos dois primeiros meses de vigência da nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, consoante demonstrado anteriormente. Segundo, e principalmente, porque a discussão da matéria poderá se deslocar para o cabimento e a validade, ou não, da exigência de critérios para a habilitação de empresas em recuperação judicial, como a demonstração da aprovação do plano pelos credores e da sua homologação pelo juízo competente.

Por essas razões, e para que se chegue à conclusão sobre a posição adotada por este artigo em relação à controvérsia apresenta-

da, é necessário que se estabeleçam algumas considerações, para além daquelas costumeiramente feitas pela doutrina e pelos tribunais, já apontadas em tópicos anteriores.

Em primeiro lugar, cabe destacar que o entendimento pela proibição total de participação de empresas em recuperação nos processos licitatórios constitui, na verdade, um incentivo reverso ao pretendido por quem interpretava o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 nesse sentido. Explica-se.

Não obstante ser um fato que empresas em recuperação judicial tendem a estar em um período de crise financeira, proibir empresários e sociedades empresárias em recuperação judicial de licitar com o Poder Público consistiria em um incentivo óbvio para que esses sujeitos não recorressem à utilização do instituto diante de dificuldades econômicas, notadamente quando sua principal fonte de recursos adviesse de contratos com a Administração Pública.

Em decorrência disso, empresas em crise, mas que não pediram recuperação judicial para escapar da suposta proibição, anteriormente atribuída ao artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, continuariam a tentar licitar com o Poder Público, ao mesmo tempo em que a dificuldade financeira tenderia a se agravar como uma “bola de neve”. Ao invés de se socorrer à proteção da recuperação judicial e tentar preservar sua atividade empresária, os empregos e os diversos elementos que integram a função social da empresa, o empresário ou a sociedade empresária teriam incentivos para adiar ao máximo o pedido de recuperação judicial, vez que o seu ajuizamento cessaria a possibilidade de obter receitas com novos contratos com o Poder Público, diminuindo as chances de uma reestruturação bem-sucedida.

Caso fosse seguido o entendimento acima, para a empresa cuja principal fonte de receitas seja proveniente de contratos com a Administração Pública, o pedido de recuperação judicial provavelmente levaria à sua falência, a não ser que o foco de atuação de suas atividades migrasse para o setor privado. Ao mesmo tempo, não recorrer ao instituto da recuperação judicial diante de uma situação de

dificuldade financeira também aumentaria as chances de falência da empresa, colocando em risco, inclusive, a prestação dos contratos já firmados anteriormente com a Administração Pública.

Não se está aqui a defender que o Poder Público deve contratar com qualquer empresa em recuperação judicial, mas, sim, que o mero fato de estar em recuperação judicial não deve impossibilitar uma empresa de se habilitar em uma licitação.

Até porque, no caso de duas empresas que passem por um igual período de pequena dificuldade de caixa, em que apenas uma delas ajuíza recuperação judicial para impedir que a crise se aprofunde, permitir que apenas a empresa que não ajuizou recuperação judicial contrate com o Poder Público significaria, além da quebra do princípio da isonomia, um maior risco ao Estado, vez que a empresa em recuperação judicial teria, em tese, maiores chances de se recuperar da crise e cumprir o que fora acordado no contrato.

Em segundo lugar, não obstante ser verdade que uma empresa em recuperação judicial pode ter sua falência decretada em caso, por exemplo, de não aprovação do seu plano de recuperação judicial ou de descumprimento do plano aprovado, uma empresa em crise, que optou por não ajuizar pedido de recuperação judicial, também pode ter sua falência decretada ou mesmo adentrar em um estado de dificuldade financeira que lhe impeça de cumprir o contrato objeto da licitação.

Não é o fato de estar em recuperação judicial que indica que determinada empresa está, ou não, em crise. Tanto pode haver empresas em um estado de crise avançado que não ajuizaram pedido de recuperação judicial, quanto pode haver – e deveria haver mais – empresas que, apesar de ainda não terem adentrado em um período de dificuldades financeiras mais evidentes, anteviram um cenário negativo e pediram recuperação judicial ou mesmo recuperação extrajudicial, tendo plenas condições de cumprir contratos junto ao Poder Público.

Pelo que foi exposto, vê-se que a proibição à participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, além de não atingir diretamente o objetivo pretendido pelo legislador – a verificação da qualificação econômico-financeira do licitante –, desincentivaria a utilização da recuperação judicial, inclusive, por empresas que já possuem contratos com o Poder Público, que teriam mais chances de preservar sua atividade empresária e cumprir o que fora acordado com a Administração Pública se tivessem acesso aos benefícios da recuperação judicial.

Em terceiro lugar, a posição intermediária dos tribunais, que limita a possibilidade de habilitação, em licitações, às empresas em estágio mais avançado do processo recuperação judicial, apesar de “bem-intencionada”, incorre nos mesmos incentivos reversos já comentados.

Conforme dados da 2ª Fase do Observatório de Insolvência,²⁹ que coletou informações sobre os processos de insolvência no Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017, o tempo mediano até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial foi de 506 (quinhentos e seis) dias. Impedir uma empresa em recuperação judicial de participar de licitações antes de ter o seu plano aprovado significaria, portanto, restringir a obtenção de novos contratos junto ao Poder Público – e, conseqüentemente, novas fontes de recursos – por mais de um ano.

Ainda que a empresa tentasse acelerar o andamento do processo, uma recuperação judicial não chega à fase de deliberação do plano em poucas semanas, havendo um período natural de negociações com os credores e prazos legais que não podem ser reduzidos, a exemplo dos prazos previstos aos credores para apresentação de

29 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência*. Dez. 2018. Disponível em: «https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf». Acesso em: 03 abr. 2021, p. 27.

divergências de crédito na fase administrativa (artigo 7º, §2º, da LRF) e de objeções ao plano (artigo 53 da LRF).

Dessa forma, impedir que empresas em recuperação judicial se habilitem em licitações, antes de terem o seu plano de recuperação judicial aprovado ou homologado, igualmente gera um incentivo para que os empresários e as sociedades empresárias, cuja principal fonte de receitas seja advinda de contratos celebrados com o Poder Público, não busquem a recuperação judicial como meio de preservação da atividade diante de uma crise.

Ainda que uma empresa em recuperação judicial que não tenha plano aprovado possua, em tese, mais chances de ir à falência do que uma que já teve o seu plano aprovado pelos credores e homologado pelo juízo competente, isso não significa, de forma absoluta, que uma empresa que ainda não teve o seu plano aprovado não conseguirá se reestruturar e cumprir o objeto da licitação.

Corroborando o exposto, os dados coletados na 2ª Fase do Observatório de Insolvência também demonstram que, na grande maioria dos casos analisados, o plano de recuperação judicial apresentado foi aprovado pelos credores, sendo o índice de 81% (oitenta e um por cento) nas varas especializadas e de 75% (setenta e cinco por cento) nas varas comuns.³⁰ Em outras palavras, de todas as empresas que ajuízam recuperação judicial, uma maioria considerável consegue aprovar o plano de recuperação judicial.

A maior taxa de falência das empresas que ajuizaram recuperação judicial, como mostra o estudo, ocorre após a aprovação do plano, durante o seu cumprimento. Dos 149 (cento e quarenta e nove) casos de recuperação judicial analisados, em que o plano de recuperação judicial foi aprovado e que já contaram com um “desfecho” – pelo encerramento do processo de recuperação judicial ou pela decretação de falência –, em 81 (oitenta e um) o processo foi

30 Ibidem, p. 30-31.

encerrado sem falência e em 68 (sessenta e oito) já foi decretada a quebra da empresa. Isso sem contar os 183 (cento e oitenta e três) casos com mais de dois anos de tramitação após a homologação do plano de recuperação judicial, ainda não finalizados, o que poderia aumentar a taxa de decretação de falência após a aprovação do plano de recuperação.³¹

Pelos dados empíricos existentes sobre os processos de recuperação judicial, vê-se que restringir a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial apenas àquelas que já tiveram seu plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz, além de consistir em um desincentivo à utilização de um instituto que serve à preservação da atividade e de sua função social, poderia não surtir o efeito desejado pela Administração Pública, vez que a maior taxa de falência de empresas que requereram recuperação judicial ocorre em virtude do descumprimento do plano de recuperação judicial, e não de sua rejeição pelos credores em assembleia geral.

A viabilidade e a qualificação econômico-financeira de uma empresa em recuperação judicial que se habilite em licitações deve ser aferida caso a caso pela Administração Pública, a partir de critérios objetivos, por coeficientes e índices econômicos pré-definidos em edital, conforme aponta o próprio artigo 69, *caput*, da nova Lei de Licitações, e não de presunções absolutas como “toda empresa em recuperação judicial que ainda não teve o seu plano de recuperação aprovado não deverá poder contratar com o Poder Público”.

Diante do exposto, se de um lado a análise legalista do novo artigo 52, inciso II, da LRF e do artigo 69, inciso II, da nova Lei de Licitações conduz à percepção de que a controvérsia sobre a possibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público irá ser encerrada, de outro a análise mais cautelosa da matéria, notadamente a partir das consequências que seriam advindas de cada posição, confirma que o legislador acertou ao não prever

31 *Ibidem*, p. 43-44.

quaisquer limitações adicionais para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público.

Conclusão.

A título de conclusão, em primeiro lugar, destaca-se que, antes das duas recentes reformas legislativas comentadas neste estudo, os tribunais brasileiros e o próprio Poder Público não possuíam entendimento unificado sobre a possibilidade de participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial.

A controvérsia se dava notadamente em razão da antiga redação do artigo 52, inciso II, da LRF – empresas em recuperação judicial não estavam dispensadas de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público –, que, combinada ao artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 – necessidade de apresentação de certidão negativa de concordata para habilitação em licitação –, levou tribunais e parte da doutrina a entender que, substituída a concordata pela recuperação judicial, seria exigível a certidão negativa de recuperação judicial para habilitação em processos licitatórios.

Os entendimentos sobre a matéria poderiam ser separados em três grupos: (i) as decisões e os editais de licitação que negam a participação de empresas em recuperação judicial em licitações e a sua contratação pelo Poder Público; (ii) as decisões e os editais que, sem qualquer limitação, possibilitam às empresas em recuperação judicial participar de licitações e contratar com o Poder Público, e (iii) as decisões e os editais que, apesar de permitirem às empresas em recuperação judicial contratar com o Poder Público, estabelecem limitações objetivas para a habilitação de empresas que se encontram em recuperação judicial, a exemplo da exigência de já terem aprovado o seu plano de recuperação judicial.

Em janeiro de 2021, com a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, a redação do artigo 52, inciso II, da LRF foi alterada para

retirar a exceção que era feita à dispensa de apresentação de certidões negativas para contratações de empresas em recuperação judicial com o Poder Público. Em outras palavras, as empresas em recuperação judicial passaram a ser dispensadas de apresentar certidões negativas também para participar de licitações.

Não obstante a modificação ao artigo 52, inciso II, da LRF parecer eliminar a possibilidade de se exigir certidões negativas de recuperação judicial de empresas que pretendem se habilitar em licitações, a análise de uma amostra de editais de licitação publicados entre fevereiro e março de 2021 demonstrou que diversos entes da Administração Pública mantiveram restrições à participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial.

Em abril de 2021, entrou em vigor a nova Lei de Licitações, que, pelo seu artigo 69, inciso II, passa a não mais exigir certidão negativa de concordata para habilitação em licitações, não havendo, igualmente, exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, mas apenas de falência.

As alterações legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020 e pela Lei nº 14.133/2021 encerram a controvérsia sobre a possibilidade, ou não, de participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios, não havendo disposições, no plano legal, que fundamentem o impedimento à habilitação de empresas em recuperação judicial tão somente em virtude do fato de estarem em recuperação judicial.

Não há como garantir, contudo, que os entes da Administração Pública eliminarão de seus editais de licitação todos os obstáculos à habilitação de empresas em recuperação judicial, a exemplo da exigibilidade de demonstração de que já teria havido a aprovação e a homologação do respectivo plano de recuperação judicial. Ainda que se diga que esta exigência não possui previsão legal na nova Lei de Licitações, ela também não encontrava fundamento na Lei nº 8.666/1993 e, mesmo assim, foi adotada por diversos tribunais, transformando-se em entendimento sumulado do TCE/SP, por exemplo.

Para além de uma análise fria do texto legal, vê-se que a imposição de limites para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público, tão somente em virtude de se encontrarem em recuperação judicial, constitui um incentivo reverso ao pretendido por quem defende a existência de tais limitações. Essas limitações geram um incentivo para que a empresa, cuja principal fonte de receita advinha de contratos com a Administração Pública, não requeira recuperação judicial diante da iminência ou do agravamento de uma crise financeira, dificultando a recuperação econômica da atividade empresarial e colocando em risco o cumprimento dos contratos pré-existentes, que poderia ser facilitado caso a empresa contasse com os benefícios da recuperação judicial.

Mesmo que se defenda uma posição intermediária, possibilitando a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial que já tiveram os seus planos aprovados pelos credores e homologados pelo juízo competente, permaneceria o incentivo para que a empresa em crise não se socorresse à recuperação judicial, dificultando a solução da dificuldade financeira e colocando em maior risco os contratos pré-existentes.

Além disso, pesam contra essa posição intermediária o fato de que o tempo mediano entre o ajuizamento do pedido de recuperação judicial até a deliberação do plano de recuperação pelos credores – em que a empresa em recuperação judicial não poderia obter novas fontes de receita com o Poder Público – costuma levar mais de 500 (quinhentos) dias, assim como a observação de que a principal causa de decretação de falência de empresas que requereram recuperação não consiste na rejeição ao plano pelos credores, mas no seu descumprimento após a concessão da recuperação judicial.

Ainda que se reconheça que empresas em recuperação judicial que já tiveram seus planos de recuperação homologados possuiriam, em tese, menos chances de falir do que aquelas que acabaram de ajuizar seu pedido de recuperação judicial, não se pode presumir, de forma absoluta, que empresas em recuperação judicial, cujo plano

ainda não foi homologado, não possuem condições de contratar com o Poder Público. A qualificação econômico-financeira de uma empresa em recuperação judicial que se habilite em licitações deve ser aferida pela Administração Pública, a partir de critérios objetivos, por coeficientes e índices econômicos pré-definidos em edital.

Pelo exposto, consideram-se adequadas as alterações legislativas promovidas sobre a matéria a partir da Lei nº 14.112/2020 e da Lei nº 14.133/2021, que deverão encerrar a controvérsia sobre a possibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, eliminando quaisquer obstáculos para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público, simplesmente por estarem em recuperação judicial ou por ainda não terem atingido um determinado estágio do processo. Espera-se, assim, que todos os editais de licitação reflitam as recentes mudanças legislativas, também para evitar o ajuizamento de um grande volume de processos judiciais sobre a matéria e o aumento da sobrecarga de demanda do Poder Judiciário.

NOVAS TENDÊNCIAS PARA A VENDA DE ATIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O PLANO ALTERNATIVO DOS CREDORES E A LIQUIDAÇÃO ORDENADA DA EMPRESA¹

NEW TRENDS IN THE SALE OF ASSETS IN JUDICIAL REORGANIZATION PROCEEDINGS: THE CREDITORS' ALTERNATIVE PLAN AND THE ORDERLY LIQUIDATION OF THE BUSINESS

Rodrigo Saraiva Porto Garcia

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a “venda integral da devedora” em plano de recuperação judicial apresentado pelos credores, à luz da reforma da Lei nº 11.101/2005, e é dividido em três partes. Na primeira parte se discute quem pode apresentar o plano de recuperação judicial, conforme redação originária da Lei nº 11.101/2005. A segunda parte trata inicialmente da possibilidade de apresentação de plano de recuperação pelos credores, tendo em vista a inclusão do §4º-A no art. 6º, a nova redação do §4º e os novos §§5º a 8º, todos do art. 56, introduzidos pela Lei nº 14.112/2020. Ainda na segunda parte, discute-se (i) a exigência de liberação das garantias pessoais, e (ii) a possibilidade de mudança de paradigma dos planos de recuperação do devedor, com deságio e alongamento das dívidas, para os planos de recuperação dos credores, com a liquidação ordenada da empresa por meio da “venda integral da devedora”. Na terceira parte, pretende-se estudar o tratamento da “venda integral da devedora” antes e depois das alterações promovidas pela reforma da Lei nº 11.101/2005. Além disso, a terceira parte aborda (i) a importância da análise do valor de liquidação da empresa com base no inciso XVIII do art. 50, e (ii) como assegurar as condições mínimas de pagamento aos credores não-sujeitos, conforme inciso XVIII do art. 50.

¹ Artigo recebido em 23.06.2021 e aceito em 17.08.2021.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Plano de recuperação dos credores. Venda de ativos. Liquidação ordenada da empresa. Análise do valor de liquidação.

Abstract: The present paper aims to analyze the “sale of the debtor’s entire business” in a judicial reorganization plan submitted by the creditors, in light of the reform of Federal Statute No. 11,101/2005, and is divided into three parts. The first part discusses who can present the reorganization plan, according to the original wording of Federal Statute No. 11,101/2005. The second part initially deals with the possibility of the submission of a reorganization plan by creditors, in view of the inclusion of §4-A in art. 6, the new wording of §4 and the new §§5 through 8, all of which in art. 56, introduced by Federal Statute No. 14,112/2020. Still in the second part, the article discusses: (i) the requirement of release of third-party guarantors, and (ii) the possibility of shifting the paradigm from reorganization plans proposed by the debtor, with haircuts and the extension of the maturity dates, to the reorganization plans submitted by creditors, with the orderly liquidation of the business through the “sale of the debtor’s entire business”. In the third part, the paper studies the “sale of the debtor’s entire business” before and after the changes of the reform of Federal Statute No. 11,101/2005. In addition, the third part addresses (i) the importance of analyzing the liquidation value of the business based on item XVIII of art. 50, and (ii) how to ensure the minimum conditions of payment to non-subject creditors, as provided for in item XVIII of art. 50.

Keywords: Judicial reorganization. Creditors’ reorganization plan. Sale of assets. Orderly liquidation of the business. Liquidation analysis.

Sumário: Introdução. 1. Quem pode apresentar o plano de recuperação judicial? 2. A mudança introduzida pela reforma da Lei nº 11.101/2005: o plano de recuperação dos credores. 2.1. A exigência de liberação das garantias pessoais. 2.2. Uma possível mu-

dança de paradigma: do deságio à “venda integral da devedora”. 3. A “venda integral da devedora” antes e depois da reforma da Lei nº 11.101/2005. 3.1. A importância da análise do valor de liquidação da empresa. 3.2. Como assegurar as condições mínimas de pagamento aos credores não-sujeitos, conforme inciso XVIII do art. 50? Conclusão.

Introdução.

O presente artigo tem o objetivo de discutir a “venda integral da devedora” em plano de recuperação judicial apresentado pelos credores, conforme as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020 (a “Reforma da Lei”)² na Lei nº 11.101/2005 (a Lei de Recuperação de Empresas e Falência). Já diziam Robert D. Cooter e Hans-Bernd Schäfer que “[b]oas leis têm o poder de direcionar a energia dos negócios e avançar a economia, enquanto que leis ruins podem frear negócios e, conseqüentemente, o crescimento”.³ A Lei nº 11.101/2005 não é uma lei ruim: o diploma traz importantes mecanismos para reorganizar a empresa viável, entre os quais se destaca a venda de unidades produtivas isoladas (“UPI”) como estratégia de assegurar o *going concern*⁴ e maximizar o valor de alienação.

2 A Lei nº 14.112/2020 foi sancionada e publicada em 24 de dezembro de 2020 e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2021, tendo em vista o período de *vacatio* de 30 dias.

3 COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. *O nó de Salomão*: como o Direito pode erradicar a pobreza das nações. São Paulo: Editora CRV, 2017. p. 22.

4 Na lição de Thomas H. Jackson a respeito da importância do *going concern* para a maximização do valor dos ativos: “The use of individual creditor remedies may lead to a piecemeal collective dismantling of a debtor’s business by the untimely removal of necessary operating assets. To the extent that a non-piecemeal collective process (whether in the form of a liquidation or reorganization) is likely to increase the aggregate value of the pool of assets, its substitution for individual remedies would be advantageous to the creditors as a group. This is derived from a commonplace notion: that a collection of assets is sometimes more valuable

No entanto, ainda à luz da redação original da Lei nº 11.101/2005, Luiz Fernando Valente de Paiva já afirmava que a “lei é omissa em relação a diversos aspectos essenciais a regimes de insolvência, resultando em insegurança jurídica”, além de conter “incentivos errados e outros contraditórios aos princípios por ela estabelecidos ou discrepantes de outras normas legais ou infralegais que impedem a efetiva e rápida recuperação das empresas e a recuperação dos créditos”.⁵

A lei foi editada em 2005 e, como é o caso de qualquer lei, não foi capaz de prever todas as possíveis situações e desenvolvimentos do mundo jurídico ou do mercado.⁶ A reforma tenta atualizar a Lei nº 11.101/2005, depois de mais de 15 anos de sua edição. Uma dessas atualizações diz respeito à possibilidade de liquidação ordenada da empresa, enquanto outra atualização confere aos credores a faculdade de apresentar um plano de recuperação judicial, caso certas condições se façam presentes. As modificações promovidas pela Reforma da Lei não estão livres de críticas, mas é possível que, com o auxílio interpretativo da doutrina e da jurisprudência, se abram novos caminhos para o soerguimento da empresa viável.

Feitas essas considerações, é importante ressaltar que este artigo adota uma abordagem normativa e está estruturado em três partes.

together than the same assets would be if spread to the winds. It is often referred to as the surplus of a going-concern value over a liquidation value” (JACKSON, Thomas H. *The logic and limits of bankruptcy law*. Washington: BeardBooks, 2001. p. 14).

5 PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Dez anos de vigência da lei nº 11.101/2005: é hora de mudança? In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 247.

6 No comentário de Henrique Avelino Lana à Lei nº 11.101/2005, “seria humanamente impossível que tamanho desenvolvimento, no que tange ao salto evolutivo das disposições do Direito Falimentar brasileiro, fosse capaz de abarcar, de uma só vez, todas as possibilidades de aplicação à matéria de fato. Desta feita, surge a necessidade de que tal texto permaneça em revisão, a fim de que continue evoluindo durante a sua vigência, adequando-se às novas realidades sociais e redefinindo seu universo de incidência” (LANA, Henrique Avelino. *Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 33).

Na primeira parte se discute quem pode apresentar o plano de recuperação judicial, conforme redação originária da Lei nº 11.101/2005. A segunda parte trata inicialmente da possibilidade de apresentação de plano de recuperação pelos credores, tendo em vista a inclusão do §4º-A no art. 6º, a nova redação do §4º e os novos §§5º a 8º, todos do art. 56, introduzidos pela Lei nº 14.112/2020. Ainda na segunda parte, discute-se (i) a exigência da liberação das garantias pessoais, com base no inciso V do §6º do art. 56, para os credores que apresentarem o plano alternativo ou votaram a seu favor, e (ii) a possibilidade de mudança de paradigma dos planos de recuperação do devedor, com deságio e alongamento das dívidas, para os planos de recuperação dos credores, com a liquidação ordenada da empresa por meio da “venda integral da devedora”. Na terceira parte, pretende-se estudar o tratamento da “venda integral da devedora” antes e depois das alterações promovidas pela reforma da Lei nº 11.101/2005. Além disso, a terceira parte aborda (i) a importância da análise do valor de liquidação da empresa com base no inciso XVIII do art. 50, a fim de identificar quanto os credores não-sujeitos devem receber para que se admita a “venda integral da devedora”, e (ii) como assegurar as condições mínimas de pagamento aos credores não-sujeitos, conforme inciso XVIII do art. 50.

As propostas apresentadas neste trabalho têm por objetivo levantar discussões importantes em torno da “venda integral da devedora” por meio de plano de recuperação judicial apresentado pelos credores, à luz das regras introduzidas pela Lei nº 14.112/2020.

1. Quem pode apresentar o plano de recuperação judicial?

O *caput* do art. 53 da Lei nº 11.101/2005 prevê que o “plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial”. Significa dizer que, à luz da redação originária da lei, cabe ao devedor a legitimação exclu-

siva para apresentar o plano de recuperação,⁷⁻⁸ ao “contrário do direito norte-americano, no qual o devedor tem a princípio a legitimidade exclusiva, mas depois de certo prazo outros podem apresentar um plano, no direito brasileiro apenas o devedor tem legitimidade para apresentar essa proposta”.⁹

Uma vez publicada a decisão que defere o processamento da recuperação judicial, inicia-se o prazo de 60 dias para a submissão do plano, sob pena de convação em falência (art. 73, inciso II, Lei nº 11.101/2005). Ou seja, em vez de a lei conferir aos credores legitimidade para apresentar um plano alternativo caso o devedor não o faça no prazo legal, comina-se sanção muito mais grave com a potencial convação do processo de recuperação em falência. Na prática, dificilmente o devedor consegue negociar os termos do plano de recuperação com os seus credores dentro do exíguo prazo de 60 dias, e o que se vê é a apresentação de um plano genérico e padronizado, apenas para cumprir a exigência do *caput* do art. 53, afastar o risco de falência e permitir a continuidade das negociações com os credores.

Ainda durante o processo legislativo que levou à edição da Lei nº 11.101/2005, discutiu-se a inclusão de regras que permitissem ao

7 Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”), na recuperação judicial do empresário individual Márcio Helomar Gomes Franca, reconheceu a impossibilidade de apresentação do plano de recuperação pelo administrador judicial e afirmou “que é ônus do devedor a apresentação de plano de recuperação, conforme art. 35, I, a, da LRF e art. 53 da LRF” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento. nº 2140553-10.2016.8.26.0000. Relator: Des. Teixeira Leite. Data de Julgamento: 03 mai. 2017).

8 Vale conferir: (i) TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A falência: realização do ativo. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de direito empresarial* [livro digital]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. 5; (ii) CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 267; e (iii) SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180.

9 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. 3. p. 191.

Comitê de Credores submeter um plano alternativo, mas tal atribuição não foi mantida na redação final,¹⁰ tendo prevalecido “o entendimento de que a assembleia geral de credores é que tem poderes para, discutindo o tema com o devedor, propor alterações ao plano original”.¹¹

Nada obstante, Fábio Ulhoa Coelho sustentava que, mesmo à luz do texto da lei, “[p]lanos alternativos podem ser elaborados por qualquer credor, para que possa apresentá-los na objeção (se pretender discutir a viabilidade do plano da devedora) ou diretamente na Assembleia dos Credores”. O autor ainda afirmava que “[t]ambém tem legitimidade para a apresentarem à Assembleia plano alternativo de recuperação judicial o Comitê, caso instalado, ou o administrador judicial”.¹² De modo semelhante, Rachel Sztajn defendia que os credores poderiam “propor projeto de reorganização do negócio diferente, ou sugerir ajustes ao projeto do devedor, o que interessa a todos”, e que “[t]erceiro, não credor, também pode propor plano de reorganização que satisfaça interesses dos credores e do devedor”.¹³ Amador Paes de Almeida¹⁴ e José da Silva Pacheco¹⁵ também aludem à possibilidade de os credores apresentarem planos alternativos, mas sem discorrer sobre o tema de maneira mais aprofundada.

10 DEL RE, Giovanna Pantaleão; MATTAR, Eduardo Augusto; CLEMENTINO, Victor Dias Vieira. O comitê de credores nas recuperações judiciais brasileiras. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 5, jul.-set. 2017.

11 TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135.

12 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 230.

13 SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 54, n. 138, p. 53-70, abr.-jun. 2005.

14 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 232.

15 PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 196.

No entanto, mesmo que se admitisse a apresentação de um plano alternativo pelos credores, em concorrência com o plano submetido pelo devedor, não se poderia esquecer da regra do §3º do art. 56, segundo a qual o “plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes”. Isto é, eventual proposta alternativa dos credores, tendo em vista a redação originária da Lei nº 11.101/2005, deveria contar com a anuência do devedor,¹⁶ a quem competiria dar cumprimento ao plano aprovado pela assembleia-geral de credores e homologado pelo juízo da recuperação.

Ao estabelecer a legitimação exclusiva do devedor para a apresentação do plano e a sua concordância com eventual alteração das propostas ali contidas (seja a alteração pontual, seja a alteração substancial por meio de um plano alternativo), Eduardo Secchi Munhoz apontava que “a lei brasileira pode levar a soluções incompatíveis com a função social da empresa”, de modo que, “entre proteger o interesse pessoal do empresário (sócios ou administradores do devedor) e salvar a empresa (havida como centro de múltiplos interesses), a lei brasileira preferiu a primeira solução”.¹⁷ Nessa ordem de ideias, ainda à luz da redação originária da Lei nº 11.101/2005, Luiz Fernando Valente de Paiva defendia que a lei deveria “ser alterada para retomar proposta contida no projeto de lei [...] e que previa a possibilidade de os credores proporem um plano de recuperação alternativo àquele apresentado pela devedora, podendo sobre ele deliberar, impondo à devedora o seu cumprimento”.¹⁸

16 Esse foi o entendimento adotado pelo TJSP na recuperação judicial do Grupo Agreco, ao afirmar que a aprovação de plano de recuperação sem a “clara e expressa concordância do devedor” seria ilegal (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 0063887-41.2012.8.26.0000. Rel. Des. Pereira Calças. Data do Julgamento: 20 mar. 2013).

17 MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 277.

18 PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Dez anos de vigência da lei nº 11.101/2005: é hora de

Com a edição da Lei nº 14.112/2020 e a inclusão de regras expressas que permitem aos credores apresentarem um plano de recuperação, questiona-se: teria o legislador conferido mais poder de barganha aos credores? Ou a possibilidade de submissão de um plano de recuperação dos credores poderia ser considerada letra morta da lei?

2. A mudança introduzida pela reforma da Lei nº 11.101/2005: o plano de recuperação dos credores.

De acordo com Márcio Calil de Assumpção, a “possibilidade de apresentação de um plano pelos credores, como via alternativa da falência é um grande avanço do projeto”.¹⁹ Para Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo, a apresentação de plano alternativo “reafirma o princípio da participação ativa dos credores, que poderão formular um plano de recuperação considerado mais adequado aos seus interesses”.²⁰

A reforma da lei promovida pela Lei nº 14.112/2020 prevê duas situações nas quais os credores poderão apresentar planos de recuperação: (i) na hipótese de transcurso do prazo de 180 dias do *stay period*, prorrogável por igual período uma única vez,²¹ sem que o plano proposto pelo devedor tenha sido deliberado pela assem-

mudança? In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 260.

19 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. A reforma na lei de falências e recuperação de empresas e seus reflexos no sistema financeiro nacional. In: SALOMÃO, Luis Felipe; GALDINO, Flavio (Coord.). *Análise de impacto legislativo na recuperação e na falência*. Rio de Janeiro: Editora J & C, 2020. p. 183.

20 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 168.

21 Apenas o tempo dirá se a jurisprudência aplicará o limite de 360 dias para o *stay period*, ou se continuará a permitir a prorrogação do período de suspensão das ações e execuções indefinidamente.

bleia-geral de credores, nos termos do §4º-A incluído no art. 6º pela Reforma da Lei; e (ii) na hipótese de rejeição do plano apresentado pelo devedor, de acordo com o §4º, inserido no art. 56.

Na primeira situação, ultrapassado o *stay period* sem deliberação do plano do devedor, faculta-se aos credores apresentarem um plano de recuperação alternativo. Trata-se do fim do período de exclusividade do devedor para a apresentação do plano, conforme tratado pela experiência norte-americana.²² O §4º-A do art. 56 põe como requisito apenas a ausência de deliberação do plano pela assembleia-geral de credores, e não a sua rejeição. Ou seja, o plano deverá ser juntado aos autos pelo devedor no prazo de 60 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 53, *caput*, Lei nº 11.101/2005) e submetido à apreciação dos credores em assembleia-geral dentro do prazo de 150 dias contados do mesmo marco temporal (art. 56, §1º, Lei nº 11.101/2005), mas por entraves no andamento do processo ou na negociação do plano com os credores a efetiva votação do plano pode não ter ocorrido durante o período máximo de 360 dias do *stay period* (i.e. em razão da demora no andamento do processo, ou de suspensões e adiamentos da assembleia-geral de credores).

Percebe-se que o dispositivo tem inspiração na §1121(c), itens (2) e (3) do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* norte-americano, que possibilita aos credores apresentarem um plano alternativo caso (i) o devedor leve mais de 120 dias para apresentar seu plano de recuperação, embora o prazo possa ser prorrogado pelo juiz por até 18 meses, ou (ii) o plano do devedor não seja aprovado dentro de 180 dias, prazo que pode ser prorrogado por até 20 meses.²³

22 MARQUES, André Moraes; ZENEDIN, Rafael Nicoletti. Uma análise comparativa do direito de propor o plano de recuperação judicial à luz das legislações americana e brasileira. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil–Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 166-167.

23 CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 267.

Embora o §4º-A do art. 6º remeta aos §§4º a 7º do art. 56, caso o plano do devedor não seja objeto de deliberação pelos credores dentro do *stay period*, deverá ser convocada uma assembleia-geral de credores para votar sobre a apresentação de plano alternativo? Ou qualquer credor (com o devido apoio por escrito) poderá apresentar um plano alternativo nessa situação, desde que dentro do prazo de 30 dias contados do fim do período de suspensão das execuções?

A leitura dos incisos I e II do §4º-A do art. 6º parece apontar para a faculdade de qualquer credor apresentar um plano alternativo dentro de 30 dias do termo final do *stay period*, independentemente de deliberação da comunhão de credores em assembleia-geral sobre a concessão do referido prazo de 30 dias, conforme previsto no §4º do art. 56. Tal interpretação decorreria da previsão do inciso I de que a suspensão das execuções não perdurará caso os credores não apresentem plano alternativo no prazo de 30 dias contados (i) do fim do *stay period* ou (ii) da data da assembleia-geral que aprovar a concessão de prazo para a submissão do plano de recuperação pelos credores. E o inciso II estabelece a prorrogação do *stay period* por mais 180 dias, contados a partir dos mesmos marcos temporais mencionados no inciso I, caso os credores apresentem seu plano no prazo de 30 dias.

No entanto, a leitura conjunta do §4º-A do art. 6º e do §4º do art. 56 pode gerar um problema aparentemente não imaginado (ou simplesmente ignorado) pelo legislador. Durante o período de 30 dias desde o fim do *stay period*, não se sabe se os credores apresentarão seu plano alternativo, na medida em que não há previsão de qualquer deliberação pelos credores sobre a concessão de prazo para a elaboração e submissão do plano alternativo, como ocorre na situação em que o plano é rejeitado pelos credores na assembleia-geral. Como, então, saber se o período de suspensão das execuções foi, ou não, prorrogado por mais 180 dias, conforme inciso II do §4º-A do art. 6º, se não há qualquer manifestação de intenção dos credores em apresentar o plano alternativo? Salvo na hipótese em que algum credor (ou um grupo de credores) manifeste, antes do fim do *stay pe-*

riod, seu interesse em apresentar um plano alternativo, não se sabe se os credores de fato submeterão um plano para deliberação.

Esse problema pode ser resolvido com a convocação de uma assembleia-geral para deliberar sobre a apresentação do plano alternativo no último dia do prazo do *stay period*, observando-se o quórum de mais da metade dos créditos presentes, conforme §4º do art. 56 – isso, contudo, poderia gerar custos e levantaria a questão de quem deveria suportá-los. Uma alternativa pode ser a concessão de prazo pelo juiz, até o fim do *stay period*, para que os credores peticionem nos autos do processo de recuperação manifestando seu interesse em apresentar um plano alternativo – sem se prender a qualquer formalismo ou quórum de deliberação. Caso os credores deliberem ou se manifestem a favor da apresentação do plano alternativo, os credores terão 30 dias para submeter seu plano e o *stay period* será prorrogado por mais 180 dias,²⁴ contados do fim do prazo de suspensão prorrogado.²⁵ Caso contrário, não ocorrerá a segunda prorrogação do *stay period*, e os credores poderão prosseguir com suas ações e execuções em face do devedor. Apesar das alternativas propostas, restará à jurisprudência identificar e consolidar a melhor solução para esse problema.

Pois bem. Na segunda situação posta pela Reforma da Lei, há efetiva votação do plano do devedor e a sua rejeição pela assembleia-geral de credores. Nesse caso, ainda no mesmo conclave, o administrador judicial deverá submeter à deliberação dos credores a concessão do prazo de 30 dias²⁶ para que os credores apresentem seu plano de recuperação, na forma da nova redação do §4º do art. 56. O quó-

24 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 70.

25 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 94.

26 Para Marcelo Barbosa Sacramone, o prazo de 30 dias seria improrrogável e preclusivo, de modo que escoado o prazo sem a apresentação do plano pelos credores o juiz deveria decretar a imediata convolação em falência (Ibidem, p. 326).

rum para aprovação da matéria é de mais da metade dos créditos presentes na reunião, conforme §5º do art. 56, independentemente das classes.²⁷ É possível que o plano rejeitado pelos credores preencha os requisitos para ser homologado por *cram down* nos termos do §1º do art. 58, mas, para conferir maior celeridade ao procedimento, a Reforma da Lei prevê que os credores devem deliberar sobre o prazo para a apresentação do plano alternativo na própria assembleia-geral que rejeita o plano do devedor.

Dito isso, o §6º incluído no art. 56 pela Reforma da Lei introduz seis requisitos para que o plano de recuperação dos credores seja submetido à votação da assembleia-geral, alguns dos quais se aplicam às duas situações mencionadas acima, outros aplicáveis apenas à hipótese em que o plano do devedor é rejeitado pelos credores: (i) o não preenchimento dos requisitos do §1º do art. 58 para a homologação do plano de recuperação do devedor por *cram down*, obviamente aplicável apenas na segunda situação, com a rejeição do plano do devedor pelos credores; (ii) o preenchimento dos requisitos dos incisos I a III do art. 53, quais sejam, (a) a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, com o seu resumo, (b) a demonstração da viabilidade econômica do plano, e (c) a apresentação de laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada;²⁸ (iii) apoio por escrito de credores que representem, alternativamente, (a) 25% dos créditos totais sujeitos à recuperação judicial ou (b) mais de 35% dos créditos presentes

27 Ibidem, p. 325.

28 Marcelo Barbosa Sacramone critica essa exigência, pois “além do fato de que os credores não terão acesso aos bens do devedor e às condições para a realização de laudo, o qual tampouco poderia ser produzido em lapso temporal tão curto, referidos laudos já constarão no processo diante da apresentação obrigatória pelo próprio devedor. Esses laudos não exigem qualquer alteração, pois a circunstância econômica do devedor, ou seus ativos, não sofre alterações substanciais do período de rejeição do plano originário até a apresentação do plano alternativo, de modo que não precisam ser substituídos ou reapresentados” (SACRAMONE, op. cit., p. 326).

na assembleia-geral que deliberou a favor da concessão de prazo para a apresentação de plano pelos credores (também aplicável apenas à segunda situação, ao menos a princípio); (iv) a não imputação de obrigações novas, não previstas em lei ou em contratos anteriormente celebrados, aos sócios e acionistas do devedor; (v) a previsão no plano de recuperação da liberação das garantias pessoais outorgadas por pessoas naturais aos créditos que serão por ele novados; e (vi) a não imposição de sacrifício maior ao devedor do que aquele que decorreria da sua liquidação em um cenário de falência.

Além disso, o §7º do art. 56 dispõe que o plano de recuperação dos credores pode prever a conversão de dívida em participação societária por meio da capitalização dos créditos, ainda que haja alteração do controle do devedor. Nesse caso, os acionistas e sócios do devedor poderão exercer o direito de retirada. Contudo, o legislador parece não ter se atentado para duas condições prévias e necessárias à conversão de dívida em participação societária: (i) a necessidade de aprovação de aumento de capital social pelos sócios ou acionistas, e (ii) o não exercício do direito de preferência conferido aos sócios e acionistas em decorrência da emissão de novas quotas ou ações com o aumento de capital. Em outras palavras, o plano apresentado pelos credores pode ser aprovado com tal previsão, mas os sócios ou acionistas podem se recusar a deliberar sobre eventual aumento de capital ou podem escolher exercer o direito de preferência, caso o aumento de capital seja aprovado. O que ocorrerá a partir dessa situação de incerteza? Eventual proposta de interpretação foge do escopo do presente artigo, mas é certo que a jurisprudência e a doutrina acabarão por apontar soluções para o impasse.

O §8º do art. 56 estabelece que haverá convocação da recuperação judicial em falência na hipótese em que o plano dos credores for rejeitado. As regras envolvendo a submissão de plano pelos credores não esclarecem se o devedor poderá apresentar um plano concorrente, o que parece possível ante a inexistência de vedação legal. Não só isso, caso o plano dos credores seja rejeitado, o juiz da recuperação ainda poderia oferecer mais uma oportunidade para o deve-

dor apresentar um novo plano para ser votado, antes de decretar a convalidação em falência.

Também é possível que exista mais de um plano alternativo apresentado pelos credores,²⁹ os quais deverão ser submetidos à votação da assembleia-geral para deliberação sobre o plano mais adequado aos interesses da coletividade. E é possível que o plano alternativo dos credores venha a concorrer com um plano apresentado pelo devedor, situação na qual a assembleia-geral de credores deverá deliberar e votar os planos. Se mais de um plano for aprovado pelos credores (o que, em tese, poderia ocorrer), caberá ao juiz avaliar qual plano deve ser homologado, tal como ocorre na experiência norte-americana.³⁰

29 Nesse sentido, vale conferir: (i) BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 285; (ii) COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 169; e (iii) FRANCO, Gustavo Lacerda. Apresentação de plano de recuperação judicial alternativo pelos credores na reforma da LRF: uma boa ideia mal implementada. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado (Coord.). *Lei de recuperação e falência: pontos relevantes e controversos da reforma pela lei 14.112/20*. Indaiatuba-SP: Foco, 2021, v. 2. p. 12.

30 André Moraes Marques e Rafael Nicoletti Zenedin tratam da aprovação de planos concorrentes na assembleia-geral de credores: “Na hipótese de apresentação de um ou mais planos alternativos, todos os planos apresentados poderiam ser levados a votação pela assembleia-geral de credores. Em qualquer caso, ficariam preservados os direitos de voz e voto dos credores que apresentarem o plano alternativo colocado em votação. Caso mais de um plano seja aprovado pelos credores (podendo inclusive um novo plano apresentado pelo devedor ser aprovado na mesma ocasião), prevaleceria o plano aprovado pelo maior número de classes de credores (nos termos do artigo 41 da LRF). Em caso de empate com base em tal critério, prevaleceria o plano aprovado pelo maior valor de créditos presentes na assembleia-geral de credores. Em caso de empate também nesse critério, prevaleceria o plano aprovado pelo maior número de credores presentes na assembleia-geral de credores. Caso haja empate também nessa última hipótese, caberia ao juízo da recuperação judicial homologar um dos planos aprovados levando em consideração os princípios previstos no artigo 47 da LRF. Se nenhum dos planos propostos for aprovado pelos credores nos termos da LRF, o juiz decretaria, então, a falência do devedor” (MARQUES, André Moraes; ZENEDIN, Rafael Nicoletti. Uma análise comparativa do direito de propor o plano de recuperação judicial à luz das legislações americana e brasileira. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 177-178).

Além disso, é importante mencionar que a faculdade de os credores apresentarem plano alternativo se aplica tão somente aos processos de recuperação judicial iniciados após a vigência da Lei nº 14.112/2020, ou seja, posteriores a 23 de janeiro de 2021 (art. 5º, §1º, inciso I, Lei nº 14.112/2020), e não aos processos de recuperação judicial ajuizados e em curso antes da vigência da Reforma da Lei.

De todos os dispositivos relacionados à apresentação de plano alternativo pelos credores, o que tem maior potencial para gerar discussões, e efetivamente desincentivar credores estratégicos de capitanearem tal iniciativa, é o inciso V do §6º do art. 56, exigindo a liberação das garantias pessoais pelos credores que votarem a favor do plano alternativo.

2.1. A exigência de liberação das garantias pessoais.

O §1º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 estabelece que os “credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) editou o Enunciado nº 581 de sua Súmula, segundo o qual a “recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória”. Em outras palavras, o crédito pode ser reestruturado pelo plano (i.e. com deságio e alongamento), mas o credor poderá buscar a satisfação do crédito original e inalterado em face dos garantidores.

Em sede de recurso repetitivo, o STJ reafirmou a possibilidade de o credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, com exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária.³¹ Nesse contexto, a jurisprudência dos tri-

31 A título exemplificativo, vale conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.333.349/SP. Min. Luis Felipe Salomão. 2ª Seção. 26 nov. 2014.

bunais estaduais tem entendido que apesar de ocorrer a novação das dívidas com a aprovação e homologação do plano de recuperação (art. 59, *caput*, Lei nº 11.101/2005), as garantias fidejussórias não são afetadas, nem o prosseguimento das execuções contra os terceiros coobrigados.

Nos casos em que o plano de recuperação prevê expressamente a extinção das garantias fidejussórias, seu alcance se limitaria àqueles credores que anuíram explicitamente com a liberação.³² Embora a 3ª Turma do STJ tenha inicialmente entendido em sentido contrário,³³ a 2ª Seção decidiu recentemente que a concordância do titular da garantia fidejussória é imprescindível para que a supressão da garantia nos termos do plano seja eficaz.³⁴

É nesse cenário de incerteza e insegurança em torno da liberação de garantias fidejussórias que a Reforma da Lei incluiu na Lei nº 11.101/2005 a exigência de que o plano dos credores deve isentar as garantias pessoais outorgadas por pessoas naturais. O alcance da liberação dos garantidores, contudo, se restringe aos credores que expressarem seu apoio escrito ao plano de recuperação dos credores e aos credores que o aprovarem, sendo vedado aos credores votarem favoravelmente ao plano e ressaltarem que não concordam com a

32 No TJSP: (i) SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos de Declaração nº 2021278-96.2018.8.26.0000. Des. Hamid Bdine. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 18 dez. 2018; (ii) SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Arguição de Inconstitucionalidade nº 2086061-97.2018.8.26.0000. Des. Grava Brazil. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 10 set. 2018; e (iii) SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Arguição de Inconstitucionalidade nº 2006466-49.2018.8.26.0000. Des. Claudio Godoy. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 26 jul. 2018; entre outros.

33 A esse respeito, confira-se: (i) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.700.487/MT. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Data de Publicação: 02 abr. 2019; e (ii) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.532.943/MT. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Data de Publicação: 13 set. 2016.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.794.209/SP. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 2ª Seção. Data de Publicação: 12 mai. 2021.

cláusula de liberação das garantias pessoais. A previsão segue a lógica de que apenas os credores que concordam com a liberação da garantia serão afetados pela sua extinção nos termos do plano.

Contudo, embora a inclusão de regras que permitam a apresentação de planos de recuperação pelos credores possa ser considerada uma inovação relevante da Reforma da Lei, em uma tentativa de conferir maior poder de barganha aos credores, a exigência de liberação dos garantidores e coobrigados pode desestimular a elaboração de planos pelos credores. Os credores que têm o maior “poder de fogo” em processos de recuperação judicial normalmente são as instituições financeiras, as quais contam, na maioria das vezes, com garantias pessoais dos sócios ou acionistas do devedor. A capacidade de negociação das instituições financeiras com o devedor e de coordenação com os demais credores, bem como a relevância do seu voto para a aprovação do plano podem ser de extrema importância para o sucesso de qualquer plano apresentado pelos credores. Nesse sentido, ao exigir a liberação das garantias pessoais, o legislador dá com uma mão e tira com a outra.

Ao tratar do plano de recuperação dos credores, Márcio Calil de Assumpção pontua que “o texto do projeto apresentou um retrocesso no sistema de garantias ao permitir que, nesta hipótese (apresentação de plano de recuperação pelos credores), se opere a ‘isenção das garantias pessoais prestadas pelos sócios em relação aos créditos a serem novados’”.³⁵

Em comentário ao Projeto de Lei nº 4.458/2020, que se tornou a Lei nº 14.112/2020, Marcelo Barbosa Sacramone e Fernanda Neves Piva afirmam que a liberação de garantias “sequer benefício econô-

35 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. A reforma na lei de falências e recuperação de empresas e seus reflexos no sistema financeiro nacional. In: SALOMÃO, Luis Felipe; GALDINO, Flavio (Coord.). *Análise de impacto legislativo na recuperação e na falência*. Rio de Janeiro: Editora J & C, 2020. p. 183.

mico poderá proporcionar à empresa em recuperação judicial, na medida em que liberará garantias prestadas por terceiros alheios ao processo”. Os autores concluem que a “condição em questão, na verdade, apenas traria benefícios aos acionistas e sócios que, para obterem crédito no mercado a preços mais baixos, outorgaram garantias pessoais às dívidas contraídas pela empresa em recuperação”.³⁶

Em seu comentário ao dispositivo, Marcelo Barbosa Sacramone vai além e afirma que “a previsão de isenção das garantias pessoais não poderá ser considerada um requisito obrigatório ao plano alternativo nem implicará a renúncia, a menos que expressa e voluntariamente aceita pelos credores votantes”.³⁷

A liberação das garantias pessoais como requisito para o plano dos credores, nessa ordem de ideias, pode ser vista como um desincentivo à atuação dos credores,³⁸ mas apenas a experiência prática poderá atestar se a alternativa do plano dos credores será efetivamente adotada ou não. Ainda que o plano alternativo dos credores não se torne algo corriqueiro no dia-a-dia das recuperações judiciais, é certo que tal possibilidade conferiu aos credores maior poder de barganha na negociação do plano a ser apresentado pelo devedor.

Dito isso, é possível que existam credores dispostos a abrir mão das garantias pessoais do seu crédito para destravar valor na recuperação judicial, ou a utilizar o plano alternativo como arma na negociação por um plano que lhes ofereça melhores condições, o que poderia levar a uma mudança de paradigma.

36 SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. *O projeto de reforma da lei 11.101/05 e o plano alternativo*. [S. l.]: Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/33Ri8Ux>>.

37 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 327.

38 FRANCO, Gustavo Lacerda. Apresentação de plano de recuperação judicial alternativo pelos credores na reforma da LRF: uma boa ideia mal implementada. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado (Coord.). *Lei de recuperação e falência: pontos relevantes e controversos da reforma pela lei 14.112/20*. Indaiatuba-SP: Foco, 2021, v. 2. p. 12.

2.2. Uma possível mudança de paradigma: do deságio à “venda integral da empresa”.

A prática dos processos de recuperação judicial mostra, ainda que sem qualquer rigor científico, que os principais meios de recuperação da empresa em crise são a “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas” e a “equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza”, conforme previsto nos incisos I e XII do art. 50 da Lei nº 11.101/2005. Basicamente, o que se vê é o alongamento da dívida, com a previsão de deságio sobre o valor do crédito e a redução das taxas de juros e correção monetária, outrora previstas nos instrumentos contratuais originários.

Em profunda análise envolvendo 185 processos de recuperação judicial em trâmite no Estado do Paraná até janeiro de 2017, Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença identificaram que em 99,46% dos casos o plano de recuperação previa o alongamento do prazo de pagamento da dívida e em 72,41% dos planos havia concessão de deságio nominal (sem contar os casos de deságio implícito).³⁹ Os planos que continham tanto a previsão de alongamento da dívida como deságio chegaram a 67,82% dos casos. Em contrapartida, aproximadamente 10% dos planos previa a alienação de unidades produtivas isoladas.⁴⁰

Em estudo realizado pelo Observatório da Insolvência do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (“NEPI”) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (“PUC-SP”), em conjunto com a Associação Brasileira de Jurimetria (“ABJ”), Ivo Waisberg, Marcelo Barbosa Sacramone, Marcelo Guedes Nunes e Fernando Corrêa ana-

39 MATTOS, Eduardo da Silva; PROENÇA, José Marcelo Martins. *Recuperação judicial ou concordata 2.0?* [S. l.]: Jota, 2020. Disponível em: «<https://bit.ly/3h9wqFu>».

40 MATTOS, Eduardo da Silva; PROENÇA, José Marcelo Martins. *Recuperação de empresas: (in)utilidade de métricas financeiras e estratégias jurídicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 175.

lisaram diversas variáveis em 1194 processos de recuperação judicial em trâmite no Estado de São Paulo, entre janeiro de 2010 e julho de 2017.⁴¹ O estudo identificou 548 planos de recuperação judicial aprovados e, em sua grande maioria, a aplicação de deságio e o alongamento do prazo de pagamento também foram meios de recuperação bastante utilizados: (i) entre os credores com garantia real (presentes em 55,2% dos planos), em 44,3% dos casos havia previsão de deságio, em média de 47,2%, com o prazo médio para pagamento em 9 anos, enquanto (ii) entre os credores quirografários (presentes em 97,4% dos planos), em 82,7% dos casos havia deságio, em média de 70,8%, com o prazo médio para pagamento em 9 anos.⁴²⁻⁴³

No Observatório da Insolvência envolvendo os processos de recuperação judicial do Estado do Rio de Janeiro, os resultados não foram diferentes. Foram analisados 208 processos de recuperação judicial, entre janeiro de 2010 e dezembro de 2018, dos quais 79 tiveram os planos de recuperação aprovados. A aplicação de deságio e o alongamento do prazo de pagamento foram meios de recuperação muito utilizados, sendo possível identificar, a partir da análise de 61 processos digitalizados, que: (i) entre os credores com garantia real (presentes em 31,1% dos planos), em 18% dos casos havia previsão de deságio, em média de 53,6%, com o prazo médio para pagamento em 15 anos, enquanto (ii) entre os credores quirografários (presentes em 91,8% dos planos), em 54,1% dos casos havia deságio, em média de 54,2%, com o prazo médio para pagamento em 10 anos.⁴⁴

41 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª fase do Observatório da Insolvência*. São Paulo, mai. 2021, p. 3-4. Disponível em: «<https://bit.ly/3fxCU1R>».

42 Ibidem, p. 41-43.

43 A análise das condições de pagamento se restringiu a 388 processos digitalizados (Ibidem, p. 39.).

44 WAISBERG, Ivo; BUMACHAR, Juliana; LOSS, Juliana; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes. *Processos de recuperação judicial no Rio de Janeiro – Observatório da Insolvência*. São Paulo, jun. 2021, p. 42-45. Disponível em: «<https://bit.ly/3iff64o>».

A seu turno, no Estado de São Paulo, em apenas 93 dos planos aprovados (ou 18,8%) havia menção à venda de ativos por meio de unidades produtivas isoladas e em 61 planos (ou 11,1% do total) havia previsão de venda de outros ativos por meio de leilão. Entre os 93 planos aprovados que previam a alienação de unidades produtivas isoladas, em tão somente 36 casos (ou aproximadamente 6,6% do total de planos aprovados) a venda efetivamente ocorreu, ao menos até o momento em que o estudo havia sido publicado.⁴⁵ Em análise realizada à luz do relatório anterior do Observatório da Insolvência com foco nas varas especializadas da Comarca da Capital de São Paulo, publicado em 2019, verificou-se que nas vendas de 5 unidades produtivas previstas em planos aprovados (de um total de 8),⁴⁶ quando comparado o valor de alienação com o valor de avaliação, identificou-se um desconto de 14,9%.⁴⁷

No Estado do Rio de Janeiro, dos 79 planos aprovados, em 23 (ou 31,9% do total) havia previsão de venda de ativos por meio de unidades produtivas isoladas e em 5 planos (ou 6,3% do total) havia previsão de venda de outros ativos por meio de leilão.⁴⁸ O relatório não indicou em quais casos a venda teria sido concluída.

A partir desses dados empíricos, nota-se que o devedor em recuperação tem uma preferência por reestruturar seu passivo impondo um sacrifício aos credores, via redução do valor do crédito e

45 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª fase do Observatório da Insolvência*. São Paulo, mai. 2021, p. 36-38. Disponível em: «<https://bit.ly/3fxCU1R>».

46 As outras 3 vendas de UPIs ocorreram em processos físicos e não puderam ser objeto de comparação.

47 SACRAMONE, Marcelo Barbosa; AMARAL, Fernando Lima do; MELLO, Marcus Vinícius Ramon Soares de. Recuperação judicial como forma de liquidação integral de ativos. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, ano 17, n. 3, p. 155-168, 2020, p. 159.

48 WAISBERG, Ivo; BUMACHAR, Juliana; LOSS, Juliana; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes. *Processos de recuperação judicial no Rio de Janeiro – Observatório da Insolvência*. São Paulo, jun. 2021, p. 39-40. Disponível em: «<https://bit.ly/3iff64o>».

alongamento do prazo de pagamento. A venda de ativos, sejam eles individualmente considerados, sejam eles unidades produtivas, é muito pouco utilizada. Isso pode ser assim por diversos motivos, como a facilidade em utilizar modelos já existentes de planos de recuperação na hora de negociar com os credores, a prática corriqueira em impor deságio e alongamento aos credores (o que acaba se tornando quase sinônimo de reestruturação de dívidas via recuperação judicial, como se viu pelos dados acima), e o desejo do devedor de não “cortar na carne” e se desfazer de seu patrimônio para a satisfação dos credores.

Muitos dos planos de recuperação que se arvoram unicamente no deságio e no alongamento do prazo de pagamento das dívidas, sem outras medidas essenciais para “endireitar” o rumo da empresa, apenas postergam o inevitável: a falência da empresa. Ainda de acordo com dados do Observatório da Insolvência do NEPI/PUC-SP e da ABJ sobre o Estado de São Paulo, de um universo de 332 processos de recuperação que ultrapassaram o prazo de fiscalização de 2 anos, em 81 casos (ou 24,4% do total) o processo de recuperação foi encerrado por sentença, em 68 casos (ou 20,5% do total) houve convolação em falência e em 183 casos (ou 55,1% do total) o processo continua em curso mesmo depois do biênio de supervisão.⁴⁹ Conforme informações do Estado do Rio de Janeiro, de 77 processos com período de supervisão superior a 2 anos, em 15 casos (ou 19,5% do total) o processo de recuperação foi encerrado por sentença, em 2 casos (ou 2,6% do total) houve convolação em falência e em 60 casos (ou 77,9% do total) o processo continua em tramitação.⁵⁰

Ou seja, mais da metade dos casos continua em curso mesmo depois do prazo de 2 anos de fiscalização, com a apresentação de

49 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª fase do Observatório da Insolvência*. São Paulo, mai. 2021, p. 45-46. Disponível em: «<https://bit.ly/3fxCU1R>».

50 WAISBERG, Ivo; BUMACHAR, Juliana; LOSS, Juliana; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes. *Processos de recuperação judicial no Rio de Janeiro – Observatório da Insolvência*. São Paulo, jun. 2021, p. 47. Disponível em: «<https://bit.ly/3iff64o>».

aditamentos ao plano de recuperação judicial inicialmente aprovado, e em pouco menos de um terço houve a convalidação em falência. Isso pode ser um indicativo de que, em muitos casos, a recuperação judicial tem sido utilizada apenas como uma forma de adiar a quebra da empresa.

Com o advento da Lei nº 14.112/2020 e a possibilidade de os credores apresentarem um plano de recuperação alternativo, abre-se caminho (ao menos, em tese) para adotar outros meios de recuperação além do deságio e do alongamento de prazos. Os credores podem, a partir da Reforma da Lei e apenas para os processos iniciados após sua vigência, reequilibrar o jogo de poder da recuperação judicial e impor sacrifícios também sobre o devedor, com a venda de unidades produtivas isoladas e a “venda integral da devedora” na recuperação judicial.

A venda de ativos na recuperação judicial pode ser importante, pois, segundo Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho, por meio da alienação de unidades produtivas “o grau de segurança para o pagamento dos credores aumenta consideravelmente, tendo em vista que a empresa irá gerar recursos para cumprir as obrigações assumidas perante seus credores”, além de assegurar que o “plano não irá se resumir, assim, a uma mera repactuação ou renegociação do pagamento da dívida, mas irá indicar que, com a alienação de UPI e de ativos, a empresa devedora irá obter os recursos necessários para a amortização do seu passivo”.⁵¹ Com isso, pode-se promover a realocação eficiente de ativos⁵² e evitar a destruição de valor que uma

51 OLIVEIRA FILHO, Ivanildo de Figueiredo Andrade de. *Avaliação de resultados e efetividade nos processos de recuperação judicial de médias e grandes empresas (2005-2017): análise de casos e pesquisa perceptiva com magistrados e operadores do direito*. 2018. 169 f. Relatório (Pós-Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 139-140.

52 De acordo com Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, “a ênfase de uma legislação falimentar deverá recair na perspectiva da eficiência, da realocação de ativos e de um sistema que aumente a eficiência das relações comerciais e das trocas” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 221).

recuperação judicial fadada ao fracasso e uma falência atrasada (e arrastada) podem gerar.

Essa é uma mudança de paradigma que apenas a experiência prática à luz da Reforma da Lei será capaz de confirmar. Ainda que os credores não apresentem efetivamente planos de recuperação alternativos, é possível que utilizem seu poder de barganha para negociar a previsão de alienação de ativos como um meio de recuperação, e até mesmo a “venda integral da devedora”. Devido ao movimento nessa direção, é importante tratar da liquidação ordenada da empresa como um novo meio de recuperação judicial, inserido no inciso XVIII do art. 50.

3. A “venda integral da devedora” antes e depois da reforma da Lei nº 11.101/2005.

Como forma de atrair interessados na aquisição de bens do devedor em recuperação judicial, o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 11.101/2005 estabelece que a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas prevista no plano de recuperação não implica sucessão do adquirente nas obrigações e dívidas do devedor – diferentemente do *trespasse* do estabelecimento empresarial regulado pelo Código Civil. De acordo com Ivo Waisberg, “os objetivos centrais da norma são claros: incentivar a venda de bens da empresa em recuperação, protegendo o adquirente e fazendo com que a atividade econômica ligada àqueles bens prossiga, ao menos parcialmente”.⁵³⁻⁵⁴

53 WAISBERG, Ivo. Da não sucessão pelo adquirente por dívidas trabalhistas e tributárias na aquisição de unidades produtivas isoladas perante a lei 11.101/2005. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, v. 1, n. 0, p. 159-171, jan.-mar. 2010, p. 160.

54 De acordo com Geraldo Fonseca de Barros Neto (2021, p. 97): “A ausência de sucessão [...] serve de estímulo à concorrência sobre o ativo a ser alienado e, conseqüentemente, maximiza os valores a serem obtidos e que serão revertidos em benefício de toda a coletividade envolvida em um processo de recuperação judicial” (BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. *Reforma da lei de recuperação judicial e falência: comentada e comparada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 97).

De fato, ao reduzir o passivo do estabelecimento empresarial a ser alienado, aumenta-se o seu valor de avaliação e mais recursos podem ser obtidos com a venda, os quais podem ser direcionados ao processo de recuperação do devedor e aos credores.⁵⁵ Isso, porque o risco de responsabilização do potencial comprador pelas dívidas do estabelecimento é contabilizado no momento de fixar o preço do ativo – com a retirada dessa variável, a precificação do ativo se torna mais fácil e mais favorável ao vendedor.

Não somente isso, busca-se reduzir custos de transação,⁵⁶ na medida em que o adquirente não precisará despendar tempo ou dinheiro para realizar a auditoria das obrigações e dívidas da unidade produtiva que pretende adquirir, a fim de reduzir as incertezas em torno do negócio.⁵⁷ Fato é que quanto maiores os custos de transação, maiores as chances de se inviabilizar a operação.⁵⁸ E segundo Elizabeth Warren, uma das principais funções da legislação falimentar é maximizar o valor da empresa em crise,⁵⁹ papel que é desempenhado pelo parágrafo único do art. 60.

55 Como bem apontado por Newton de Lucca e Renata Mota Maciel M. Dezem, “a não sucessão pelo adquirente também interessa aos credores, pois, ainda que não possam responsabilizar os sucessores, haverá maior entrada de recursos para pagamento dos créditos, dada a maximização dos ativos decorrente dessa regra em consequência da redução das incertezas na operação de aquisição de ativo” (DE LUCCA, Newton; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. A venda de ativos na recuperação judicial e os reflexos no âmbito dos registros públicos. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 323).

56 Na definição de N. Gregory Mankiw, custos de transação são “the costs that parties incur in the process of agreeing and following through on a bargain” (MANKIW, N. Gregory. *Principles of microeconomics*. 2. ed. [S. l.: s. n.], 2000. p. 214).

57 WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 233-261, out. 1979.

58 Segundo Manoel Gustavo Neubarth Trindade, “os custos de transação até mesmo poderão impedir a ocorrência da negociação privada, quando forem tão elevados que se revelem maiores que os próprios benefícios oriundos das trocas” (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Lei da liberdade econômica e a busca pela redução dos custos de transação. In: GEORGEN, Jerônimo (Coord.). *Liberdade econômica: o Brasil livre para crescer*. [S. l.: s. n.], 2019, p. 100. Disponível em: <<https://bit.ly/2LYrIRq>>).

59 E a autora continua o raciocínio: “The normative analysis is fairly straightforward: if the rule

É preciso destacar que a regra de blindagem do parágrafo único do art. 60 é a principal estratégia do legislador para maximizar o valor dos ativos,⁶⁰ reduzir custos de transação e oferecer segurança jurídica aos compradores de unidades produtivas.⁶¹ Percebe-se que a constituição da UPI como *going concern* e a ausência de sucessão são inspirados pela função econômica da norma: maximizar o valor de venda, promover a realocação eficiente de recursos escassos e impulsionar o crescimento econômico, com a geração de riquezas pelo adquirente.

Além disso, é importante ressaltar que a “venda integral da devedora” permite “a alocação dos recursos escassos àqueles que mais os valorizam”, conforme lição de Marcelo Barbosa Sacramone, Fernando Lima do Amaral e Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello. Os autores continuam para afirmar que “o adquirente terá maior incentivo em empregar os ativos em sua melhor funcionalidade, o que permitirá a criação ou conservação dos postos de trabalho, circulação de riquezas e desenvolvimento econômico”.⁶²

can increase the value of the failing firm, it will reduce the total costs imposed on the parties dealing with the failing debtor. If the cost of producing the increase in value is less than the value obtained, then the rule has increased net values, which is the desired result” (WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 92, n. 2, p. 336-387, nov. 1993, p. 344).

60 OLIVEIRA FILHO, Ivanildo de Figueiredo Andrade de. *Avaliação de resultados e efetividade nos processos de recuperação judicial de médias e grandes empresas (2005-2017)*: análise de casos e pesquisa perceptiva com magistrados e operadores do direito. 2018. 169 f. Relatório (Pós-Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 112.

61 O Senador Ramez Tebet desenvolveu raciocínio semelhante no Parecer nº 534/2004, acerca do projeto de lei que viria a se tornar a Lei nº 11.101/2005, ao tratar da exclusão da responsabilidade por dívidas tributárias e trabalhistas, em um contexto de realização do ativo na falência (TEBET, Ramez. *Parecer nº 534/2004*, p. 39. Disponível em: <<https://bit.ly/2LzFxQP>>. Acesso em: 14 nov. 2020).

62 SACRAMONE, Marcelo Barbosa; AMARAL, Fernando Lima do; MELLO, Marcus Vinícius Ramon Soares de. Recuperação judicial como forma de liquidação integral de ativos. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, ano 17, n. 3, p. 155-168, 2020, p. 159.

A redação originária da Lei nº 11.101/2005 não tratava da possibilidade de o devedor promover a liquidação ordenada da empresa por meio do processo de recuperação judicial. Isto é, a lei não trazia regras expressas sobre a transferência da integralidade da atividade empresária para terceiros por meio da venda de uma UPI. Diante da lacuna, surgiram quatro correntes de entendimento na doutrina a respeito do tema.

A primeira corrente de entendimento sustenta que a venda integral da empresa afastaria a regra do parágrafo único do art. 60 da lei, que isenta o adquirente de responsabilidade perante as obrigações do alienante, aplicando-se as regras gerais a respeito da sucessão no trespasse do estabelecimento empresarial.⁶³ Assim, a consequência para a alienação total da empresa seria o afastamento da blindagem patrimonial da qual se beneficiava o adquirente, o que poderia ser bastante prejudicial para a eventual precificação do ativo, que acabaria considerando o risco de responsabilização por dívidas anteriores da empresa.

A segunda corrente de entendimento faz a distinção entre a venda integral da empresa e a venda da quase totalidade da empresa, remanescendo alguma atividade empresária para o devedor continuar empreendendo. Na primeira situação, as consequências seriam as mesmas apontadas pela primeira corrente interpretativa. No entanto, na segunda situação, a alienação da UPI que engloba a maior parcela da empresa poderia ser admitida, juntamente com a blindagem patrimonial do adquirente, desde que a atividade remanescente fosse capaz de satisfazer os débitos de credores não-sujeitos à recuperação judicial.⁶⁴ Percebe-se que essa linha de pensamento reconhece a im-

63 Nesse sentido, confira-se: (i) LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257-258; e (ii) SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A recuperação judicial e os direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 128.

64 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; POPPA, Bruno. UPI e estabelecimento: uma visão crítica. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.).

portância de apresentar uma solução para os créditos não-sujeitos e que não serão reestruturados ou pagos na forma do plano, qual seja, a manutenção de ativos (ou atividade empresária) suficientes para a satisfação de tais credores.

A terceira corrente de entendimento (que também pode ser considerada uma vertente da segunda corrente) admite a liquidação integral da empresa por meio da alienação de UPI, mesmo sem permanecer qualquer atividade empresária e com a proteção do adquirente em relação aos passivos do devedor, desde que o produto da venda seja inicialmente utilizado para pagar os credores não-sujeitos à recuperação judicial e, somente depois da satisfação de tais créditos, os credores sujeitos seriam pagos na forma do plano.⁶⁵ Para Marcelo Barbosa Sacramone, Fernando Lima do Amaral e Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello, tal medida se justifica pois a “recuperação judicial não foi estruturada pelo legislador para liquidar integralmente os ativos da devedora, com o comprometimento de sua atividade empresarial e como forma de prejudicar a satisfação desses credores em benefício dos demais”.⁶⁶

E a quarta corrente de entendimento defende a alienação da UPI livre de sucessão, ainda que envolva a integralidade da empresa,

Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 288-289.

65 Vale conferir: (i) SACRAMONE, Marcelo Barbosa; AMARAL, Fernando Lima do; MELLO, Marcus Vinícius Ramon Soares de. Recuperação judicial como forma de liquidação integral de ativos. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, ano 17, n. 3, p. 155-168, 2020, p. 163; (ii) FELSBURG, Thomas Benes. A alienação da empresa insolvente: uma enorme lacuna na lei de recuperação judicial: reestruturando a reestruturação. [S. l.]: *Felsberg Advogados*, mar. 2020. Disponível em: «<https://bit.ly/3bsukiN>»; e (iii) GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. *A venda de ativos na recuperação judicial e o contrato de stalking horse*. 2019. 156 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. p. 31-33.

66 SACRAMONE, Marcelo Barbosa; AMARAL, Fernando Lima do; MELLO, Marcus Vinícius Ramon Soares de. Recuperação judicial como forma de liquidação integral de ativos. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, ano 17, n. 3, p. 155-168, 2020. p. 163.

ao argumento de que pareceria “mais lógico, eficiente e alinhado com o espírito da LFR permitir e viabilizar a realização de operações de alienação [...] de UPIs que envolvam a integralidade ou parte significativa dos ativos do devedor, preservando-se a atividade empresarial nas mãos de outros empresários”.⁶⁷⁻⁶⁸ Nesse caso, a “venda de UPI afirma-se como o mecanismo por excelência para reestruturar créditos não reestruturáveis, pois dela resulta um *discharge* – isto é, uma liberação de dívida – de fato”.⁶⁹ Por essa linha de raciocínio, os credores não-sujeitos ficariam “a ver navios”: não poderiam buscar a satisfação de seus créditos em face do devedor originário, já que não há patrimônio restante, nem do adquirente da empresa, em razão da regra de blindagem patrimonial do parágrafo único do art. 60 da lei.

Essa divergência de entendimentos, que acaba por gerar insegurança jurídica, parece ter sido a inspiração para a inclusão do inciso XVIII no art. 50 pela Reforma da Lei, que prevê como meio de recuperação a “venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência”. Passa-se a permitir expressamente a alienação da totalidade da empresa em uma UPI, mas com a condição de que os credores não-sujeitos sejam satisfeitos ao menos com o pagamento dos valores que receberiam em caso de falência do devedor.⁷⁰⁻⁷¹ Trata-se de medida louvável e que visa a com-

67 PAIVA, Luiz Fernando Valente de; COLOMBO, Giuliano. Venda de ativos na recuperação judicial: evolução, desafios e oportunidades. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 274.

68 Vale dizer que na experiência norte-americana é comum que se utilize do processo de reorganização do *Chapter 11* para a alienação integral da empresa como *going concern*, em vez do processo de liquidação do *Chapter 7* (WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. *The law of debtors and creditors: text, cases and problems*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2009. p. 387-388).

69 CAVALLI, Cássio. Reflexões para reforma da lei de recuperação de empresas. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Ribeiro (Coord.). *Temas de direito da insolvência*. São Paulo: Editora IASP, 2017. p. 126.

patibilizar os interesses do devedor, dos seus credores sujeitos e dos seus credores não-sujeitos.⁷²

Em comentário à nova regra, Geraldo Fonseca de Barros Neto afirma que “o devedor é alienado por completo, e o produto da alienação deve ser suficiente para satisfazer os credores de modo no mínimo igual ao que ocorreria com a liquidação na falência, já que o adquirente se exonera das obrigações com o pagamento do preço ajustado, e nada mais”.⁷³ Marcelo Barbosa Sacramone aponta que “não apenas a alienação integral dos bens na recuperação judicial é possível, como sua prática deve ser estimulada para preservar a empresa na mão do arrematante e satisfazer em melhor medida os credores”.⁷⁴ E Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo reiteram

70 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 287.

71 O dispositivo também se refere aos credores “não aderentes”, categoria de credores que não existe na Lei nº 11.101/2005. Seriam tais credores aqueles que não concordam com o plano de recuperação, ou seja, seriam credores sujeitos dissidentes? Parece que não. Como a preocupação do inciso XVIII do art. 50 é com os credores “não submetidos” ao processo de recuperação, a exemplo dos credores com garantia fiduciária, parece que a melhor interpretação da expressão “não aderentes” aponta para os credores não-sujeitos (ou extraconcursais, como a prática forense os chama) que não aderiram ao plano, e que não aceitaram reestruturar seus créditos conforme previsão do plano. A experiência tem mostrado que, por vezes, credores não-sujeitos têm aceitado reestruturar seus créditos, por meio de livre negociação com o devedor, o que culmina em uma previsão no plano de recuperação para tratar da sua situação – esses credores são comumente chamados de “extraconcursais aderentes”.

72 De acordo com Marcelo Barbosa Sacramone: “A alienação do conjunto de estabelecimentos empresariais assegura a conservação do valor do aviamento ou *going concern* na medida em que a organização realizada pelo empresário agregará valor ao conjunto de bens. Por seu turno, sua realização no procedimento de recuperação permite que o empresário devedor e que tem mais informações sobre sua atividade tenha incentivos para obter melhores ofertas, além de evitar a deterioração do valor dos bens e o custo direto que a sua realização no procedimento falimentar poderia gerar” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 286).

73 BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. *Reforma da lei de recuperação judicial e falência: comentada e comparada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 67.

74 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 287.

que “deverá ser garantido aos adquirentes que não haverá qualquer sucessão de débitos, liberando-os integralmente das obrigações e ônus, da mesma forma que ocorre quando da aquisição de UPIs”.⁷⁵

O problema é que a consequência para o desrespeito à referida regra pode gerar incentivos perversos capazes de tornar natimorta a possibilidade de liquidação ordenada da empresa na recuperação judicial. Isso, porque a Reforma da Lei incluiu o inciso VI no art. 73 para criar uma nova hipótese de convolação da recuperação judicial em falência, como forma de penalizar o devedor, “quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não-sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas”.

Para esclarecer o referido dispositivo, o §3º do art. 73, incluído pela Reforma da Lei, afirma que é “substancial a liquidação quando não forem reservados bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção da atividade econômica para fins de cumprimento de suas obrigações”.⁷⁶ Trata-se de dispositivo que deve ser lido em conjunto com o inciso XVIII do art. 50, quando o plano prevê a “venda integral da devedora”, visto que nesse caso o devedor tem a opção de: (i) satisfazer a dívida dos credores não-sujeitos, ou (ii) transacionar com os credores não-sujeitos, inclusive o Fisco, que o seu pagamento ocorrerá por meio de eventuais bens e direitos remanescentes, ou fluxo de caixa futuro decorrente dos valores obtidos com a arrematação da UPI que engloba toda a empresa.

75 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 154.

76 Em comentário ao §3º do art. 73, Fábio Ulhoa Coelho afirma que ao tentar tipificar a noção de esvaziamento patrimonial, “o legislador não poderia ter se atrapalhado mais. De um lado, proceder à ‘reserva de bens’ é a própria negação da exploração de qualquer atividade econômica de modo racional, que pressupõe exatamente o inverso: otimizar o emprego de todos os ativos como fonte de geração de valor. Por outro lado, a ‘reserva de projeção de fluxo de caixa futuro’ é um requisito etéreo, por ser a mera quantificação unilateral, feita pelo devedor, de suas expectativas de rentabilidade, ou seja, um palpite altamente subjetivo” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 285).

Considerando que os bens e direitos reservados para o pagamento dos credores não-sujeitos podem se desvalorizar pelos mais diversos motivos, e as projeções de fluxo de caixa futuro podem não se materializar, o devedor estaria sempre correndo o risco de convalidação da recuperação judicial em falência, totalmente entregue ao alvedrio dos seus credores não-sujeitos. Isso se traduz em um incentivo perverso à venda de ativos na recuperação judicial: que devedor elegerá como meio de recuperação a alienação da integralidade da empresa, correndo o risco de convalidação em falência no futuro, justamente em decorrência dessa escolha?

Antes que se tenha maior segurança jurídica para o devedor com a consolidação da jurisprudência e da doutrina, é possível que a hipótese do inciso VI do art. 73 desestimule (ainda mais) a utilização da “venda integral da devedora” como um meio de recuperação. Como bem lembrado por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “[e]stabilidade e segurança jurídica são dois requisitos para o funcionamento do mercado, imprescindíveis na realização de negócios. A presença de riscos significativos prejudica ou, até mesmo, impede a realização de operações”. O autor continua na sequência: “No primeiro caso podem aumentar de forma significativa os custos de transação, penalizando-se os operadores do mercado. No segundo caso tais custos tornam-se tão elevados que negócios não serão realizados”.⁷⁷

Também há aqui um incentivo perverso à escolha da venda de ativos e da “venda integral da devedora” como meios de recuperação no plano alternativo proposto pelos credores, na medida em que o §2º do art. 73 estabelece que, no caso de venda de ativos em prejuízo dos credores não-sujeitos, o “juiz determinará o bloqueio do produto de eventuais alienações e a devolução ao devedor dos valores já distribuídos, os quais ficarão à disposição do juízo”. Significa dizer que os credores também podem ser significativamente afetados pelo re-

77 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, v. 1. p. 154.

querimento de convocação em falência promovido por credores não-sujeitos prejudicados, de modo que terão que devolver ao juízo da recuperação (como isso ocorrerá na prática ainda é uma incógnita, sobretudo quando envolver credores trabalhistas) os valores recebidos com eventual venda de ativos pelo devedor, nos termos do plano.

Apesar disso, pode-se mitigar esses riscos por meio da definição do valor mínimo que se deve assegurar aos credores não-sujeitos, com a análise do valor de liquidação da empresa.

3.1. A importância da análise do valor de liquidação da empresa.

O inciso XVIII do art. 50 prevê que a “venda integral da empresa” deverá assegurar aos credores não-sujeitos condições de pagamento no mínimo equivalentes àquelas que teriam em um cenário de falência. Mas como identificar o valor que cada um dos credores não-sujeitos teria direito na falência? A Lei nº 14.112/2020 não indica um procedimento que o devedor haverá de seguir para identificar o montante que cada credor não-sujeito teria direito. É nesse contexto que a elaboração de uma análise do valor de liquidação da empresa (*liquidation analysis*) se torna relevante.

Em outros ordenamentos jurídicos, a confirmação do plano exige que as suas condições de pagamento passem pelo *best interest of creditors test*, teste por meio do qual o juiz verifica se o plano “prevê o pagamento, a cada um dos credores, de valor no mínimo igual ao que seria por ele angariado em caso de falência”.⁷⁸ É importante relembrar que sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, o ordenamento jurídico brasileiro continha figura semelhante ao *best interest of creditors test*, conforme art. 143, inciso I da antiga lei. Segundo

78 CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 378.

Sheila C. Neder Cerezetti, “a existência de ‘sacrifício dos credores maior que a liquidação na falência’ era um dos fundamentos para a oposição de embargos à concordata solicitada pelo devedor”.⁷⁹

No âmbito do direito norte-americano, a §1129(a)(7)(A)(ii) do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* exige que os credores afetados pelo plano de reorganização, caso não o aprovem, recebam na forma do plano o equivalente ao que receberiam em um cenário de liquidação por meio do *Chapter 7*. Se o credor dissidente conseguir demonstrar que receberá menos no processo de reorganização do que receberia com a liquidação da empresa, o plano não deverá ser confirmado pelo juiz.

O *best interest of creditors test*, dessa forma, consiste em mecanismo por meio do qual os credores conseguem comparar os pagamentos que receberão sob o plano de reorganização com aqueles que receberiam se a empresa fosse liquidada sob o *Chapter 7* do *Bankruptcy Code*.⁸⁰ Para verificar quanto cada credor deveria receber em um cenário de falência, é necessário primeiro calcular o valor de liquidação da empresa e identificar como seria a distribuição dos recursos aos credores de acordo com sua classificação e preferências.⁸¹

Para que os credores possam realizar essa comparação, o devedor (ou o credor proponente do plano alternativo) deve apresentar a *liquidation analysis* juntamente com o plano de reorganização⁸² – o ônus de comprovar que o plano satisfaz o *best interest of creditors test* é do proponente do plano, seja ele o devedor ou um credor.⁸³

79 CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 381.

80 REGOLI, Natalie. Confirmation of chapter 11 Bankruptcy: a practical guide to the best interest of creditors test. *Texas Journal of Business Law*, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 7-40, 2005, p. 9.

81 FERRIELL, Jeff; JANGER, Edward J. *Understanding bankruptcy*. 2. ed. New York: LexisNexis, 2007, p. 766.

82 REGOLI, op. cit., p. 23.

83 Ibidem, p. 19.

Deve-se fazer uma escolha entre a análise do valor de liquidação da empresa como um *going concern*, para computar o valor agregado da organização dos meios de produção, ou a venda dos bens individualmente considerados (*piecemeal*), com valor inferior e naturalmente mais favorável ao devedor.⁸⁴

Não só isso, a *liquidation analysis* deve ser acompanhada de informações financeiras suficientes sobre o devedor, incluindo seus ativos e passivos. Deve-se estimar o valor dos créditos que ainda estão sob discussão judicial e os custos futuros com a administração do processo de liquidação para, a partir desses dados, calcular a distribuição dos recursos obtidos com a realização do ativo entre os credores.⁸⁵

A análise do valor de liquidação deve considerar como marco temporal a data em que o plano se torna eficaz⁸⁶ – a data pode estar prevista no próprio plano, mas pode ser também a data em que o plano é substancialmente consumado ou a data do trânsito em julgado da decisão de confirmação do plano.⁸⁷ Caso o plano estipule o pagamento dos créditos em prestações ao longo do tempo, é necessário trazer o montante a valor presente, valor que o credor receberia de uma vez em caso de liquidação na falência.⁸⁸

Se houver consolidação substancial no plano de reorganização, com o tratamento de todas as empresas de determinado grupo societário como se fossem uma única entidade, a *liquidation analysis*

84 FERRIELL; JANGER, op. cit., p. 766.

85 REGOLI, op. cit., p. 21.

86 DREHER, Nancy C.; FEENEY, Joan N. *Bankruptcy law manual*. 5. ed. New York: Westlaw, 2010, v. 2, p. 419.

87 REGOLI, op. cit., p. 30.

88 Nesse sentido: (i) FERRIELL, Jeff; JANGER, Edward J. *Understanding bankruptcy*. 2. ed. New York: LexisNexis, 2007. p. 765; e (ii) KLEE, Kenneth N. All you ever wanted to know about cram down under the new bankruptcy code. *American Bankruptcy Law Journal*, [s. l.], v. 53, n. 2, p. 133-172, 1979. p. 137.

pode ser realizada com a reunião de ativos e passivos das empresas do grupo em consolidação substancial. Isso é assim, porque a liquidação também se processaria em consolidação substancial, de modo que não seria necessária uma análise individualizada para cada empresa do grupo.⁸⁹

Como se pode perceber, a avaliação do valor de liquidação da empresa pode ser subjetiva, na medida em que se faz um cálculo hipotético envolvendo diversas variáveis que não estão sob o controle do avaliador, do proponente do plano (devedor ou credor) ou do juízo da reorganização. Não há na experiência norte-americana um procedimento delimitado em lei, o que pode levar a avaliações enviesadas a favor do proponente do plano (e de menor rigor técnico), cuja impugnação pode ter um custo elevado para os credores (ou para o devedor) que discordarem dos cálculos.⁹⁰ Afinal, não é qualquer credor que estaria disposto a contratar um especialista para fazer uma análise do valor de liquidação para se contrapor à análise apresentada pelo devedor.

Nesse cenário, a *liquidation analysis* é submetida ao juiz juntamente com eventuais impugnações (acompanhadas, ou não, de uma análise de liquidação concorrente), o qual deverá reconhecer a validade das premissas adotadas, dos cálculos realizados e dos argumentos apresentados pelas partes.⁹¹ O juiz deve avaliar a correção da escolha pelo cálculo do valor de liquidação a partir de uma venda ordenada da empresa como um *going concern* ou pela venda dos bens individualmente considerados.⁹² O juiz decide, então, se o plano de reorganização satisfaz o *best interest of creditors test* a partir da análise do valor de liquidação da empresa.

89 REGOLI, op. cit., p. 35.

90 BAIRD, Douglas G. *Elements of bankruptcy*. 4. ed. New York: Foundation Press, 2006. p. 273.

91 REGOLI, op. cit., p. 20.

92 Ibidem, p. 26-27.

O que se propõe neste trabalho é que a “venda integral da empresa” na forma do inciso XVIII do art. 50 deva se pautar em uma análise do valor de liquidação para identificar os valores devidos aos credores não-sujeitos em um cenário de falência do devedor. A *liquidation analysis*, nesse caso, seria apresentada pelo devedor ou pelo credor proponente do plano alternativo, poderia ser objeto de impugnações pelos credores, pelo administrador judicial e pelo Ministério Público e seria objeto de decisão judicial para confirmar que a liquidação ordenada da empresa, conforme prevista no plano de recuperação, respeitará a regra do inciso XVIII do art. 50.⁹³

Assim, inspirada na experiência norte-americana e com o objetivo de identificar as condições de pagamento mínimas que o devedor deve assegurar aos credores não-sujeitos, a análise do valor de liquidação da empresa na falência deve (i) escolher a modalidade de venda hipotética dos ativos na falência, se haverá a venda da empresa como *going concern* (o que poderia ser mais adequado, considerando o objetivo de se realizar a “venda integral da empresa” na recuperação judicial) ou a venda dos ativos individualmente considerados (*piecemeal*); (ii) apresentar informações financeiras suficientes sobre o devedor, incluindo seus ativos e passivos, com uma estimativa dos créditos objeto de discussão em impugnações e dos custos decorrentes da administração da falência; (iii) identificar como será a distribuição dos recursos obtidos com a venda, tendo em vista a ordem de pagamento dos créditos extraconcursais do art. 84 e dos créditos concursais do art. 83; (iv) na hipótese em que o pagamento dos credores não-sujeitos, para fins do inciso XVIII do art. 50, ocorrerá em prestações ao longo do tempo, deve-se trazer o montante a valor presente; e (v) caso a recuperação judicial do grupo societário se processe em consolidação substancial (seja ela obrigatória ou voluntária), a análise do valor de liquidação igualmente será realizada com base na conso-

93 O juiz deverá atentar, contudo, para tentativas do proponente do plano (seja ele devedor, seja ele credor) de realizar uma análise do valor de liquidação que reduza o valor a ser recebido pelos credores não-sujeitos de modo a privilegiar os credores sujeitos.

liquidação substancial, com a reunião dos ativos e passivos das empresas do grupo em um cenário de falência.

Como os credores não-sujeitos à recuperação judicial são substancialmente distintos, para se promover a “venda integral da devedora”, a análise do valor de liquidação deverá considerar a situação de cada um deles e o quanto cada um receberia na falência: (i) os credores com garantia fiduciária recebem o valor equivalente aos ativos que lhes servem de garantia, e eventual saldo descoberto deve ser pago juntamente com os credores quirografários; (ii) os credores por financiamento DIP devem ser integralmente pagos no limite dos valores efetivamente transferidos ao devedor; (iii) os credores por adiantamento sobre contrato de câmbio têm direito à restituição integral dos valores transferidos, com a ressalva de eventuais encargos contratuais, os quais se enquadram entre os créditos quirografários; (iv) os credores por créditos pós-pedido, decorrentes de atos jurídicos validamente praticados no curso do processo de recuperação, fazem jus ao pagamento integral como créditos extraconcursais; e (v) as Fazendas Públicas se enquadram tanto como credores extraconcursais, em relação aos tributos com fato gerador posterior ao pedido de recuperação, como concursais, no que diz respeito aos créditos nascidos antes do pedido.

Apenas a experiência prática poderá atestar o meio pelo qual se verificará as condições mínimas de pagamento em caso de falência, mas é certo que o dispositivo abre caminho para a análise do valor de liquidação da empresa como forma de assegurar o valor mínimo ao qual fariam jus os credores não-sujeitos. Agora, como será feito o pagamento desse montante mínimo, equivalente ao que os credores não-sujeitos receberiam na falência?

3.2. Como assegurar as condições mínimas de pagamento aos credores não-sujeitos, conforme inciso XVIII do art. 50?

Uma vez identificado quanto cada credor não-sujeito deveria receber em um cenário de falência, toma-se conhecimento do paga-

mento mínimo que o devedor haverá de realizar, a fim de respeitar o inciso XVIII do art. 50 e permitir a liquidação ordenada da empresa na recuperação judicial. Ocorre que a Reforma da Lei não aponta de que forma o devedor realizará esse pagamento mínimo.

Na grande maioria dos casos envolvendo créditos não-sujeitos, o devedor terá que negociar com seus credores o montante e a forma de pagamento dos valores, tendo como piso o valor que receberiam na falência, visto que o plano de recuperação não poderá modificar tais créditos (salvo se os credores expressamente aderirem ao plano). No entanto, é provável que eventuais propostas de acordo baseadas no pagamento mínimo sejam recusadas pelos credores não-sujeitos, que se verão em uma posição de negociação capaz de impedir a consumação do plano de recuperação e atravancar o processo como um todo.

Em casos nos quais os credores não-sujeitos se coloquem como *hold-outs*,⁹⁴ a Reforma da Lei não oferece meios para o devedor “obrigá-los” a receberem os valores mínimos indicados pela *liquidation analysis*, muito menos a darem quitação das dívidas. Por se tratarem de créditos não-sujeitos, o juízo da recuperação não possui competência para determinar que o pagamento seja realizado no montante mínimo fixado na análise do valor de liquidação. Assim, caso o plano de recuperação pretenda realizar a liquidação ordenada da empresa, o devedor ou o credor proponente do plano alternativo terão que negociar com os credores não-sujeitos e chegar a um acordo que respeite o inciso XVIII do art. 50.

94 Nas palavras de Bráulio Lisboa Lopes, ao tratar dos credores sujeitos, na “recuperação judicial, apesar do plano de recuperação apresentado pelo devedor beneficiar a coletividade, poderá um ou alguns credores rejeitá-lo, por razões diversas, no intuito de beneficiar-se individualmente com essa situação, ocasionando um *holdout problem*. Esse *free-rider* atua na busca da maximização individual de seus haveres junto ao devedor, levando a um resultado final distanciado do modelo ideal, ocasionando a perda de eficiência do processo como um todo” (LOPES, Bráulio Lisboa. *Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 93).

No caso específico dos créditos do Fisco, há que se diferenciar a situação da Fazenda Nacional da situação das Fazendas Estaduais, Distrital e Municipais.

De um lado, no caso da Fazenda Nacional, o devedor poderá submeter proposta de transação tributária para solucionar seu passivo referente a tributos federais, em observância ao art. 10-C da Lei nº 10.522/2002, incluído pela Lei nº 14.112/2020. A transação poderá envolver tanto créditos extraconcursais como créditos concursais, na medida em que a lei não restringe a transação a estes ou aqueles créditos. Com base na *liquidation analysis*, a proposta de transação deverá oferecer o pagamento de, no mínimo, o que a Fazenda Nacional receberia em um cenário de falência, respeitada a redução máxima de 70% sobre o valor do crédito prevista no inciso II do art. 10-C, com o descontos incidindo apenas sobre o valor dos juros, da multa e dos demais encargos. Além disso, o devedor terá que demonstrar a ausência de prejuízo decorrente da alienação integral da empresa, nos termos da alínea d do inciso V do art. 10-C.

A regulamentação da transação tributária é relativamente nova. Embora o art. 171 do Código Tributário Nacional (“CTN”) tenha previsto a transação tributária desde sua edição, em 1966, foi apenas com a Medida Provisória nº 899/2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.988/2020, que a transação passou a ser regulamentada. Devido à novidade do instituto, e do juízo de discricionariedade que compete à Fazenda Nacional, ainda há alguma incerteza sobre como o Fisco celebrará a transação na prática (i.e. o Fisco realmente aplicará o deságio máximo previsto no inciso II do art. 10-C?). De qualquer forma, a previsão de regras especiais para a transação tributária envolvendo o devedor em recuperação judicial representa um grande avanço e poderá permitir a solução do passivo fiscal (ao menos em nível federal).

De outro lado, no caso das Fazendas Estaduais, Distrital e Municipais, o passivo fiscal referente a esses entes tributantes deverá ser solucionado por meio dos instrumentos disponíveis em cada esfera

de competência, visto que as alterações promovidas na Lei nº 10.522/2002 se restringem à Fazenda Nacional. Significa dizer que o devedor terá que negociar transação fiscal, ou aderir a programa de parcelamento (a depender da existência de atos normativos autorizando tanto a transação como o parcelamento), ou realizar o pagamento integral dos créditos fiscais, caso não exista qualquer meio de solução do passivo fiscal de determinado ente federativo.

Espera-se que os demais entes federativos editem leis e atos normativos para permitir o parcelamento e a transação, inclusive com condições especiais para empresas em recuperação, mas enquanto isso não ocorre o vácuo legislativo pode ser um desincentivo à “venda integral da devedora”, tanto por iniciativa do devedor, como em eventual plano alternativo dos credores.

Seja como for, celebrado um acordo para pagamento dos créditos não-sujeitos, o pedido de convalidação da recuperação judicial em falência poderia ser promovido apenas pelos credores efetivamente prejudicados, quais sejam, aqueles que receberam valores inferiores aos que receberiam na falência, conforme identificado pela análise do valor de liquidação. Assim, o inciso VI do art. 73 deve ser lido em conjunto com o inciso XVIII do art. 50, de modo que o prejuízo dos credores não-sujeitos deve ser calculado a partir do valor que deveriam receber na falência, e não do valor que receberiam nos termos do acordo (ou do contrato original) celebrado com o devedor. Caso não haja patrimônio suficiente para o pagamento desse valor mínimo aos credores não-sujeitos, somente então caberia o requerimento de convalidação em falência, com as suas consequências sobre os valores distribuídos aos credores sujeitos.

Conclusão.

Com o advento da Lei nº 14.112/2020 e a possibilidade de os credores apresentarem um plano de recuperação alternativo, abre-se caminho (ao menos, em tese) para que a “venda integral da devedo-

ra” seja usada como meio de recuperação. Atualmente, de acordo com dados empíricos, o deságio e o alongamento de prazos são os meios de recuperação mais utilizados pelo devedor, ao passo que a venda de ativos se faz pouco presente. Com a maior utilização da alienação de ativos como meio de recuperação, inclusive com a “venda integral da devedora”, pode-se promover a realocação eficiente de ativos e evitar a destruição de valor que uma recuperação judicial fadada ao fracasso e uma falência atrasada (e arrastada) poderiam gerar.

A liquidação ordenada da empresa empacotada em UPI pode se valer da regra de blindagem patrimonial do parágrafo único do art. 60, a fim de maximizar o valor dos ativos, reduzir custos de transação e oferecer segurança jurídica aos potenciais compradores da unidade produtiva. No entanto, a permissão expressa de alienação da totalidade da empresa via UPI exige que os credores não-sujeitos sejam satisfeitos ao menos com o pagamento dos valores que receberiam na falência do devedor. Trata-se de medida louvável e que visa a compatibilizar os interesses do devedor, dos seus credores sujeitos e dos seus credores não-sujeitos.

Como forma de assegurar tal pagamento mínimo, este trabalho propõe a realização de uma análise do valor de liquidação da empresa para identificar os valores devidos aos credores não-sujeitos em um cenário de falência do devedor. A *liquidation analysis*, nesse caso, seria apresentada pelo devedor ou pelo credor proponente do plano alternativo, poderia ser objeto de impugnações pelos credores, pelo administrador judicial e pelo Ministério Público e seria objeto de decisão judicial para confirmar que a liquidação ordenada da empresa, conforme prevista no plano de recuperação, respeitará a regra do inciso XVIII do art. 50.

A análise do valor de liquidação também deve servir como parâmetro para a celebração de acordos com os credores não-sujeitos (se possível) e para identificar eventual prejuízo, a fim de que apenas os credores prejudicados possam requerer a convolação em falência

nos termos do inciso VI do art. 73. Tal prejuízo deve ser calculado a partir do valor que os credores não-sujeitos deveriam receber na falência, e não do valor que receberiam nos termos do acordo (ou contrato original) celebrado com o devedor.

Somente a experiência prática poderá atestar o meio pelo qual se verificará as condições mínimas de pagamento em caso de falência, mas é certo que o inciso XVIII do art. 50 abre caminho para a análise do valor de liquidação da empresa como forma de identificar o pagamento mínimo ao qual fariam jus os credores não-sujeitos.

OS REFLEXOS DA DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL¹

THE CONSEQUENCES OF THE BANKRUPTCY IN THE ARBITRATION PROCEDURE

Mário Luiz de Souza Filho

Resumo: a arbitragem é um meio de heterocomposição de litígios pelo qual um terceiro é escolhido pelas partes para solucionar a divergência, sendo disciplinada pela Lei nº 9.307/96. A escolha do procedimento arbitral apresenta diversas vantagens, como a celeridade, a confidencialidade, a possibilidade de escolha do árbitro, a especialidade dos julgadores, o menor formalismo e a circulabilidade da sentença. No entanto, nem todos os litígios podem ser submetidos à arbitragem, sendo imprescindível a existência de arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Somente litígios envolvendo pessoas capazes e direitos patrimoniais disponíveis podem ser solucionados pelo árbitro. Devido ao grande número de falências decretadas nos últimos anos e à falta de expressa previsão normativa, faz-se necessária a análise das consequências da decretação de falência sobre a validade e eficácia da convenção de arbitragem. A partir de um estudo teórico e com o método dedutivo, demonstrou-se que, havendo convenção de arbitragem, o procedimento arbitral já instaurado não se suspende com a decretação de falência e que a sociedade que tenha a falência decretada pode iniciar um novo procedimento arbitral. Por fim, constatou-se que é possível a celebração de convenção de arbitragem após a decretação da falência.

Palavras-chave: Arbitragem. Convenção de arbitragem. Arbitrabilidade. Falência.

¹ Artigo recebido em 15.07.2021 e aceito em 10.08.2021.

Abstract: Arbitration is a mean of heterocomposition of disputes where another person is chosen by the parties to settle the dispute, being disciplined by Law No. 9.307/96. The choice of arbitral procedure has several advantages, such as celerity, confidentiality, the possibility of the choice of the judge, the specialization of the judges, reduction of formalism and the circulability of the judicial sentence, however, not all disputes can be submitted to arbitration, and it is essential the presence of private and objective arbitrability. Only disputes involving qualified persons and rights in property may be settled by the arbitrator. Due to a large number of bankruptcies that have been declared in recent years and the absence of normative provision, it is required an analysis of the consequences on the validity and effectiveness of the arbitration convention. It was demonstrated, from a theoretical study and the deductive method, that with arbitration convention or arbitration procedure already established, will not be suspended with the declaration of bankruptcy and the company that has declared bankruptcy can initiate new arbitration proceedings. In conclusion, it is possible to conclude the arbitration agreement after the bankruptcy declaration.

Keywords: Arbitration. Arbitration Convention. Arbitrability. Bankruptcy.

Sumário: Introdução. 1. Teoria do conflito e arbitragem. 2. Condições para que um conflito seja submetido à arbitragem. 3. A convenção de arbitragem. 4. A decretação da falência e suas implicações no procedimento de arbitragem. Conclusão.

Introdução.

A arbitragem é uma forma de heterocomposição de conflitos regulada pela Lei nº 9.307/96.² As pessoas capazes poderão utilizar-se

² BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm». Acesso em: 20 jun. 2021.

da arbitragem para dirimir divergências relativas a direitos patrimoniais disponíveis. A escolha do procedimento arbitral para solucionar litígios apresenta diversas vantagens, tais como celeridade, confidencialidade, possibilidade de escolha do árbitro, especialidade dos julgadores, menor formalismo do processo e circulabilidade da sentença.

Mediante convenção de arbitragem, os interessados poderão submeter a solução dos conflitos ao juízo arbitral. Entende-se como convenção de arbitragem a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Dessa forma, a arbitragem poderá ser escolhida como método para solucionar diversas demandas, dentre elas questões que envolvem sociedades em processo de falência.

O trabalho tem como foco analisar as implicações da decretação de falência no procedimento arbitral. Analisa-se a possibilidade da utilização da cláusula de arbitragem na resolução de disputas quando uma das partes é sociedade empresária cuja falência foi ou será decretada, bem como suas consequências.

Dessa forma, objetiva-se discutir sobre as implicações da convenção de arbitragem nas causas envolvendo sociedade empresária em processo de falência. Analisa-se a possibilidade da suspensão do procedimento arbitral em andamento após a decretação da falência de uma das partes, bem como se examina a possibilidade de instauração de procedimento arbitral quando uma das partes já se encontra em processo de falência. Por fim, discute-se a possibilidade de a massa falida celebrar convenção de arbitragem após a decretação da falência.

Considerando que antes do advento da Lei nº 14.112/2020,³

3 BRASIL. Lei nº 14.112, de dezembro de 2020. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm». Acesso em: 20 jun. 2021.

que modificou a Lei nº 11.101/2005,⁴ não havia regulação expressa sobre o tema, mostra-se relevante a discussão em questão.

A pesquisa produzida é qualitativa. A investigação do objeto, levando-se em conta o seu objetivo geral, ocorre por meio de pesquisa exploratória. Como a investigação deste projeto tem por finalidade analisar os reflexos da decretação de falência no procedimento arbitral e tendo em conta a ausência de regulamentação sobre o tema, a pesquisa é do tipo bibliográfica.

1. Teoria do conflito e arbitragem.

O conflito ocorre quando duas ou mais pessoas divergem sobre um ponto. Por ser inerente à sociedade, não é possível acabar com ele, sendo, portanto, necessário aprender a conviver com essas situações. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, conflito é um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis.⁵ Atualmente, o conflito não é mais visto como algo negativo, pois os litigantes podem sair fortalecidos de uma divergência quando ela é solucionada por um procedimento participativo e cooperativo no qual há uma resolução construtiva para ambos.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ⁶ instituiu no Brasil o chamado Sistema Multiportas, no qual o Estado disponibiliza à sociedade

4 BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm». Acesso em 20 jun. 2021.

5 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomes (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília, 2016. p. 49.

6 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: «<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>». Acesso em: 20 jun. de 2020.

métodos consensuais para a resolução de disputas, prestigiando mecanismos consensuais de pacificação como a mediação e a conciliação. Dessa forma, o acesso à justiça não quer dizer necessariamente o acesso a um juiz, mas aos meios adequados e eficazes para a composição de litígios.

Cabe o interessado escolher o meio mais apropriado para a solução da divergência, podendo optar, por exemplo, por mediação, conciliação, arbitragem ou ação judicial. O Código de Processo Civil de 2015⁷ consolidou o Sistema Multiportas ao prever expressamente métodos consensuais para a resolução de conflitos.

Os conflitos podem ser solucionados pela autocomposição ou pela heterocomposição. Na autocomposição, as próprias partes se ajustam para solucionar o conflito. Conforme disposto do Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, a relação entre as partes na autocomposição pode ser bipolar, como no caso da negociação, ou triangular, como na conciliação ou na mediação.⁸ A negociação, a mediação e a conciliação são métodos de autocomposição.

Na negociação, as próprias partes, de forma direta, chegam a um acordo para solucionar o conflito. A mediação é prevista no Código de Processo Civil de 2015 e regulada pela Lei nº 13.140/2015.⁹

Na mediação, há um terceiro que auxilia na composição do litígio. Conforme o art. 165, §3º, do CPC, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da co-

7 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm». Acesso em: 20 de jun. 2020.

8 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomes (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília, 2016. p. 136-137.

9 BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm». Acesso em: 20 de jun. de 2021.

municação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Já a conciliação é um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são assistidos por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas, sem interesse na causa, auxiliando-as, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.¹⁰ Segundo o art. 165, §2º, do CPC, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, tal pessoa poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes se conciliem.

A heterocomposição é um sistema de solução de conflitos por meio do qual um terceiro é escolhido pelas partes para decidir a solução no caso concreto. Segundo Scavone Júnior,¹¹ a heterocomposição é um meio de solução de conflito no qual há a atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma ao caso que lhe é apresentado. A jurisdição estatal e a arbitragem são os principais meios de heterocomposição de conflitos.

A arbitragem é uma forma de heterocomposição de litígios regulada pela Lei nº 9.307/96, sendo uma forma alternativa de resolução de conflitos. Nela, as partes em conflito escolhem um terceiro para solucionar a controvérsia entre elas, sendo que a sentença do árbitro é considerada título executivo judicial.

A arbitragem pode ser definida como meio jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo ju-

10 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomes (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília, 2016, p. 21.

11 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 9.

dicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.¹²

Nas lições de Cahali,¹³ a arbitragem é um meio privativo de solução de conflitos pelo qual as partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro terá poderes para solucionar a controvérsia, sem intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.

Há divergência quanto à natureza jurídica da arbitragem, porém prevalece na doutrina que a arbitragem tem natureza jurisdicional, uma vez que o Estado, por meio de leis, outorga poderes ao árbitro para resolver um conflito de interesses. Dessa forma, os árbitros são verdadeiros juízes, pois têm autoridade para resolver litígios. Isso decorre do art. 18 da Lei nº 9.307/1996, que assevera que o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença proferida não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário, bem como do art. 31 da Lei de Arbitragem, que afirma que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.¹⁴

Ademais, o art. 3º, §1º, do CPC permite a instauração da arbitragem como forma de apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito, e o art. 42 também do CPC prevê o direito de as partes instituírem juízo arbitral, este artigo se encontra no Livro II do Código de Processo Civil de 2015, cujo título é “Da Função Jurisdicional”. Por fim, como dito antes, a sentença arbitral é considerada título executivo judicial, conforme art. 515, VII, do CPC. Por esses motivos, confirma-se a natureza jurisdicional da arbitragem.

12 Ibid., p. 2.

13 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 119.

14 SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 127.

A Lei nº 9.307/1996, que regula a arbitragem, foi formulada com o intuito de superar a morosidade do poder judiciário e a falta de especialidade dos juízes em determinadas questões. Além disso, tem como parâmetro a internacionalização da arbitragem como forma de resolução de conflitos ao redor do mundo.

Como vantagens do procedimento arbitral, podemos citar a celeridade, a possibilidade de as partes escolherem os árbitros, a especialidades dos julgadores, a confidencialidade, a circulabilidade da sentença arbitral e o menor formalismo do procedimento.

A arbitragem é um procedimento mais célere que o processo judicial. Nosso judiciário é moroso e sobrecarregado. Os processos não têm data para chegar a um fim, podendo o litígio permanecer por anos sem uma conclusão. Isso acarreta diversos danos não só às partes, mas também a terceiros que poderão ser prejudicados pela demora na solução do conflito, pois as partes muitas vezes deixam de investir para provisionar valores para pagamento das ações judiciais.

Conforme o art. 13, §1º, da Lei nº 9.307/1996, as partes podem escolher os árbitros que irão solucionar a divergência. Essa possibilidade de escolha permite que a decisão arbitral seja melhor aceita por elas, uma vez que foram as próprias litigantes que escolheram os julgadores de sua confiança. Disso decorre outro ponto positivo da arbitragem, qual seja, a especialidade dos árbitros em relação à matéria em litígio. Caso a matéria em litígio verse, por exemplo, sobre direito marítimo, as partes poderão escolher árbitros especialistas e familiarizados com o assunto. Dessa forma, a decisão será, em regra, melhor fundamentada devido à expertise dos julgadores. Consequentemente, haverá uma maior submissão das partes ao que for decidido pelos árbitros.

Diferentemente dos processos judiciais que são públicos, salvo segredo de justiça (art. 5º, LX, da CF e art. 11 do CPC), a arbitragem é regida pelo princípio da confidencialidade. A Lei de Arbitragem não dispõe expressamente sobre a confidencialidade do procedimento arbitral, porém as partes podem livremente convencionar que o pro-

cesso será sigiloso. Aliás, a maioria das Câmaras de Arbitragem preveem em seus estatutos a confidencialidade. Tal característica é de inegável serventia às partes em litígio, pois impede que terceiros saibam as razões do conflito, mitigando os efeitos nefastos que um processo tem sobre o nome, a reputação e credibilidade dos envolvidos.

O atributo da circulabilidade da sentença arbitral, previsto no art. 34 da Lei nº 9.307/1996, permite que a sentença arbitral proferida no exterior seja reconhecida e executada no Brasil após homologação do Superior Tribunal de Justiça. Essa particularidade decorre do processo de globalização e estimula acordos internacionais, pois preserva a segurança jurídica ao garantir que as decisões arbitrais serão cumpridas.

Outra característica da arbitragem é o menor formalismo se comparada ao processo judicial. Os contratantes podem escolher o lugar onde o processo será sediado e o idioma a ser adotado. Conforme o art. 2º da Lei de Arbitragem, as próprias partes podem decidir se a arbitragem será de direito ou de equidade. Ademais, poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública. Além disso, podem convencionar que a arbitragem se realize com base em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Quando a arbitragem for institucional, será instituída e processada conforme o regulamento da Câmara de Arbitragem (art. 5º da Lei nº 9.307/1996). Esses fatores permitem uma melhor adequação do procedimento ao caso concreto.

Cabe ressaltar que a arbitragem não gera o ato de constrição ou expropriação, necessitando do judiciário para isso. A decisão do árbitro, segundo a lei, constitui uma sentença e como tal é dotada da mesma eficácia do provimento judicial transitado em julgado nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem. O árbitro é juiz de fato e de direito e, nessa qualidade, conforme os arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem, prolata sentença que constitui título executivo judicial. Todavia,

como não tem poderes coercitivos, o cumprimento forçado da sentença far-se-á pelo procedimento judicial.¹⁵

Pelo exposto, conclui-se que a arbitragem é uma forma alternativa de solução de litígios que apresenta diversas vantagens em comparação com a jurisdição estatal. Portanto, é um meio adequado para compor conflitos de forma especializada, célere, confidencial e menos formal.

2. Condições para que um conflito seja submetido à arbitragem.

O art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996¹⁶ traz os requisitos para que seja possível a utilização da arbitragem para a solução de conflitos. Trata-se da arbitrabilidade, ou seja, aptidão para que o caso seja passível de ser solucionado por arbitragem.

Cahali conceitua a arbitrabilidade do seguinte modo:

A arbitrabilidade é a condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem, e vem previsto no art. 1º da Lei Especial: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A arbitrabilidade divide-se em subjetiva e objetiva. A arbitrabilidade subjetiva é a capacidade de as partes participarem de um procedimento arbitral, ou seja, a possibilidade de firmar cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Conforme o art. 1º da Lei de Arbitragem, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da ar-

15 SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 191-192.

16 “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

bitragem para dirimir conflitos. O texto legal se refere a “pessoas”. Nos termos do art. 1º do Código Civil,¹⁷ toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Assim, capacidade de direito é a aptidão para ser titular de direitos e para contrair obrigações, sendo intrínseca a todo ente com personalidade jurídica.

A capacidade de fato é a aptidão que a pessoa tem de exercer pessoalmente os seus direitos. Toda pessoa tem capacidade de direito, mas nem todas têm capacidade de fato. Somente os absolutamente capazes possuem capacidade de direito e capacidade de fato. Os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes possuem capacidade de direito, porém não possuem capacidade de fato. Para exercerem plenamente seus direitos, eles precisam ser representados e assistidos, respectivamente.

Em que pese a possibilidade de os relativamente incapazes e os absolutamente incapazes contratarem, quando devidamente assistidos ou representados, e conseqüentemente ajustarem cláusula arbitral, a falta de arbitrabilidade nesses casos não decorre da ausência de capacidade, mas da indisponibilidade dos direitos, uma vez que seus titulares não têm plena capacidade de dispor de seus direitos. Nesse sentido, Cahali afirma que a falta de arbitrabilidade nos casos das pessoas relativamente incapazes e das pessoas absolutamente incapazes não se encontra na capacidade de firmar a convenção de arbitragem, pois podem ser assistidos ou representados, mas na indisponibilidade do direito.¹⁸

Segundo Scavone Júnior,¹⁹ as pessoas podem ser representadas ou assistidas na convenção de arbitragem, desde que respei-

17 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

18 CAHALI, op. cit., p. 138.

19 SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 14.

tados os limites decorrentes da matéria, que deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Para Cahal,²⁰ entes despersonalizados, massa falida, espólio e condomínios de edifícios podem ser partes em procedimento arbitral, pois têm capacidade de contratar, assim possuem capacidade de ser parte e de estar em juízo. Porém, para dispor de seus direitos, os entes despersonalizados necessitam de permissão. Portanto, o espólio poderá celebrar convenção arbitral desde que haja autorização judicial ao inventariante, tal qual o condomínio pelo síndico com autorização da assembleia de condôminos. Nesses casos, a permissão é requisito essencial, sendo que sua falta enseja a invalidade da convenção de arbitragem.

A arbitrabilidade objetiva refere-se aos direitos que podem ser objeto de arbitragem. De acordo com art. 1º a Lei de Arbitragem, somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem. Direitos patrimoniais são aqueles que podem ser expressos em pecúnia, ou seja, possuem um valor econômico. Já os direitos disponíveis são aqueles que os seus titulares podem transacionar livremente, podendo dispor desses direitos sem restrições.

A disponibilidade manifesta-se nos direitos sobre os quais há a liberdade de contratar, ou seja, sobre os quais não exista lei imperativa incidente. A ideia de lei imperativa está relacionada à ideia de ordem pública. Assim, num primeiro momento, a arbitragem somente seria permitida quando não incidissem normas de ordem pública que afastassem o conflito da apreciação do árbitro. No entanto, mesmo que a ordem pública constitua um limite à arbitragem, não se pode afirmar que a mera incidência de uma norma de ordem pública afastaria a competência do árbitro. Observa-se que hoje há um princípio universal que presume a arbitrabilidade do conflito, ainda que haja norma de ordem pública relativa à disputa. Por esse motivo, a regra

20 CAHALI, op. cit., p. 137-138.

geral é a posição *favor arbitratis*, ou seja, se as partes escolheram submeter o litígio à arbitragem, tal vontade deve ser respeitada.²¹

Dessa forma, os conflitos envolvendo direitos de personalidade estão fora do alcance da arbitragem, pois são indisponíveis. Por outro lado, os conflitos envolvendo sociedades empresárias podem, em regra, adotar a arbitragem como forma heterocompositiva de solução, pois envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

Conclui-se que nem todos os conflitos podem ser resolvidos pela arbitragem. É imprescindível a presença de arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Somente os litígios envolvendo pessoas capazes e direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de serem solucionados pelo processo arbitral.

3. A convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem é gênero de negócio jurídico que comporta as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral. Conforme o art. 3º da Lei de Arbitragem, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O conceito de cláusula compromissória é expresso pelo art. 4º, *caput*, da Lei de Arbitragem,²² sendo ela firmada entre as partes antes do surgimento do litígio. Assim, antevendo a possibilidade de ocorrer conflitos, as partes acordam que estes serão solucionados por

21 EIZIRIK, Nelson. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário – Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 34-35.

22 “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

arbitragem. Ela deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado.

A cláusula arbitral pode ser classificada, pelo seu conteúdo, como cheia ou vazia. Na cláusula compromissória cheia, a instauração do procedimento arbitral é direta e na forma previamente pactuada pelas partes. Já na cláusula vazia, o início da arbitragem demanda as providências previstas nos arts. 6º e 7º da Lei, exigindo a celebração de compromisso arbitral. Inclusive, se necessário, através da instauração de ação judicial própria. Dessa forma, será considerada cheia a cláusula que contempla o necessário para se dar início à arbitragem (art. 19 da Lei nº 9.307/1996). A cláusula arbitral vazia traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, que deverá ser suprida pelo compromisso arbitral quando do surgimento do conflito, celebrado pelas partes diretamente ou por intermédio do judiciário.²³

Nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Portanto, por não ser acessória aos contratos, mas autônoma, os vícios existentes no contrato ou em outras cláusulas não invalidam a cláusula compromissória, mantendo-se esta válida e eficaz.

Quem tem a competência para analisar a validade e eficácia da convenção de arbitragem é o árbitro. Segundo o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, expresso no art. 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996, cabe ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Conforme as lições de Cahali:

Tratado como princípio da competência-competência, seu acolhimento significa dizer que, com

23 CAHALI, op. cit., p. 160-165.

primazia, atribuiu-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato.²⁴

O compromisso arbitral é previsto no art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996,²⁵ sendo firmado após o surgimento do conflito. Dessa forma, uma vez instaurado o litígio, as partes acordam que ele será resolvido pela arbitragem.

Na arbitragem, vige o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes têm autonomia para adotar ou não o procedimento arbitral. Sendo o direito disponível e as partes contraentes capazes, podem as pessoas livremente estipular convenção de arbitragem.

Apesar do princípio da autonomia da vontade nortear as partes no momento da celebração da cláusula arbitral, uma vez pactuada, a relação jurídica existente entre elas será regida pelo princípio de *pacta sunt servanda*. Por esse princípio, a cláusula de arbitragem vincula e sujeita as partes contratantes ao juízo arbitral. Portanto, as partes não são obrigadas a firmar convenção de arbitragem, porém, uma vez convencionada, torna-se obrigatória, não podendo o litígio ser submetido ao judiciário.

Caso uma das partes contratantes provoque o Poder Judiciário para apreciar a demanda, deverá a parte contrária alegar em contestação a existência de convenção de arbitragem. Nesse caso, o juiz é obrigado a extinguir o processo sem resolução de mérito, conforme prevê o art. 485, VII, do CPC. A convenção de arbitragem não poder ser reconhecida de ofício pelo juiz e a ausência de alegação de sua

24 *Ibid.*, p. 143.

25 “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

existência implica a aceitação da jurisdição estatal e a renúncia ao juiz arbitral (art. 337, §6º do CPC).

Portanto, sendo as partes capazes e o direito patrimonial disponível, pelo princípio da autonomia da vontade, podem os contratantes livremente convencionar que os litígios decorrentes da relação jurídica entre eles serão solucionados por um processo arbitral. A cláusula arbitral pactuada é autônoma, não sendo contaminada pela invalidade de outras cláusulas ou do próprio contrato. Pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, a competência para analisar a existência, validade e eficácia da convenção arbitral é do próprio árbitro, sendo o juiz de direito incompetente para analisar o assunto.

4. A decretação da falência e suas implicações no procedimento de arbitragem.

Como dito anteriormente, a arbitragem é uma das formas alternativas de resolução de litígios por heterocomposição. Há inúmeros exemplos de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis que podem ser solucionados por arbitragem, sendo muito comum sua adoção pelas sociedades empresárias que buscam um processo decisório rápido e especializado. O presente trabalho possui enfoque nas implicações que a decretação da falência exerce sobre o procedimento arbitral.

As sociedades empresárias e os empresários individuais são agentes cruciais no desenvolvimento da sociedade, na criação de empregos, na arrecadação de tributos e na circulação de riquezas. Em razão disso, busca-se a preservação da empresa. O direito da empresa em crise tem por objetivos fundamentais, a prevenção da crise, a recuperação das empresas em crise, a liquidação das empresas não recuperáveis e a punição dos sujeitos culpados.²⁶ O ordenamento ju-

26 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperações judiciais*. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3, p. 8

rídico brasileiro prevê a recuperação judicial e a falência como mecanismos para superar as dificuldades encaradas pelas sociedades e solucionar a crise, objetivando, com isso, a preservação da função social da empresa.

De início, cabe ressaltar que a falência é um processo de execução concursal regulado pela Lei nº 11.101/2005, cuja finalidade é a realização do ativo para solver o passivo. Dessa forma, busca-se preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos, inclusive os intangíveis, da empresa, nos termos do art. 75 da Lei nº 11.101/2005.

Segundo Ricardo Negrão,²⁷ falência é um processo de execução coletiva, no qual o patrimônio de um empresário declarado falido é arrecadado, objetivando o pagamento da universalidade de seus credores de forma completa ou proporcional.

Para atingir seus objetivos, a falência é regida por diversos princípios, dentre eles os princípios da igualdade entre credores (*par conditio creditorum*), da maximização do ativo e da celeridade processual.

Pelo princípio da *par conditio creditorum*, a decretação da falência instaura uma paridade entre credores. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1185336,²⁸ não se admitem

27 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 213.

28 "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE ENUNCIADO SUMULAR. DESCABIMENTO. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO. ART. 43, III, DA LEI Nº 4.591/1964. INTERPRETAÇÃO ESTRITA. 1. Não é cabível recurso especial com base em alegação de violação a enunciado sumular, porquanto tal ato normativo não se encontra encartado no conceito de legislação federal veiculado no art. 105, III, "a", da Constituição da República. Precedentes. 2. No processo falimentar, em relação aos créditos habilitados, o princípio norteador é o da *par conditio creditorum*, na esteira do qual os credores do falido devem ser tratados em igualdade de condições, salvo se a lei expressamente dispuser de forma contrária, como ocorre com os créditos com preferências e privilégios eleitos pelo legislador como dignos de prioridade para pagamento. 3. O art. 43, III, da Lei nº 4.591/1964 preconiza que, no caso de decretação da quebra do incorporador e ante a impossibilidade de ultimateção da construção

privilégios injustificados a credores sem razão jurídica que os justifique, ademais não se admite tratamento diferenciado entre credores salvo a existência de lei que preveja expressamente esse tratamento diferenciado.

No que tange ao princípio da maximização do ativo, deve ser buscada a máxima valorização dos bens do devedor. No momento em que os bens do devedor são arrecadados, é necessária a adoção de medidas que visem conservá-los para que deles seja obtido o maior valor possível. Com isso, pretende-se a proteção da massa subjetiva e a satisfação de um maior número de credores.

O art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988,²⁹ garante como direito fundamental a razoável duração do processo. Por expressa previsão do art. 75, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, a falência deverá obedecer ao princípio da celeridade processual, tendo preferência de tramitação sobre outros feitos. A finalidade do referido princípio é a maximização do ativo, pois quanto mais rápido for o processo, menor será a desvalorização dos bens e maior será a satisfação dos credores.

Devido a diversos fatores, inclusive decorrentes dos reflexos da atual crise econômica, segundo dados do Serasa Experience,³⁰ foram decretadas 930 falências no ano de 2018. É crescente o número de sociedades empresárias e de empresários individuais que, antes da de-

do edifício pela maioria dos adquirentes, estes se tornam credores privilegiados em relação aos valores já pagos ao incorporador em razão da compra do imóvel. 4. No caso, os créditos pleiteados ostentam natureza manifestamente diversa, porquanto são oriundos de mero ressarcimento com os custos das obras de finalização do empreendimento imobiliário, enquadrando-se, portanto, na classe dos quirografários. 5. Recurso especial não provido” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1185336/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 2 set. 2014).

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm». Acesso em: 20 jun. 2021.

30 Disponível em: «<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>». Acesso em: 20 jun. de 2021.

cretação de falência, firmam contratos com previsão de cláusula arbitral que impõe a arbitragem como forma de solução de conflitos entre os contratantes. Desse modo, é de grande importância investigar as implicações da decretação da falência sobre o procedimento arbitral, em especial sobre cláusulas arbitrais previamente contratadas.

Até o advento da Lei nº 14.112/2021, não havia regra explícita quanto à possibilidade de utilização da arbitragem como meio para a solução de litígios envolvendo sociedades em falência. Consolidando o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a Lei nº 14.112/2021 incluiu o §9º ao art. 6º da Lei de Recuperações e Falência,³¹ passando a prever de forma expressa a possibilidade do uso da arbitragem por sociedades empresárias que tenham sua falência decretada.

Mesmo antes das alterações legislativas, pode-se afirmar que a falta de autorização legal não impede a utilização da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo sociedade falida, uma vez que o ordenamento jurídico não veda expressamente o seu uso. Com fundamento no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF/88, como não há expressa vedação ao uso de arbitragem por sociedades falidas, tais sociedades poderão, em regra, valer-se da arbitragem como instrumento para a resolução de conflitos. Para que isso ocorra, devem estar presentes os requisitos previstos no art. 1º da Lei de Arbitragem.

Ao incluir o §9º ao art. 6º da Lei. 11.101/2005, o legislador positivou entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de parte da doutrina, conferindo segurança jurídica às relações entre devedor falido e credores.

Uma vez estabelecida a possibilidade de uso da arbitragem por sociedades falidas mesmo antes das alterações à Lei de Falências e Recuperações, cabe apontar os diversos cenários que se apresen-

31 “§9º O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração de procedimento arbitral.”

tam sobre o tema. Em um primeiro momento, as partes podem firmar cláusula compromissória e uma das partes tem sua falência decretada antes que seja instaurado o procedimento arbitral. Outra hipótese ocorre quando as partes já se encontram em processo arbitral e há a decretação de falência de uma delas antes que a arbitragem seja concluída. A última hipótese analisada é a possibilidade de uma sociedade em processo falimentar celebrar compromisso arbitral.

Nesses casos, é de grande importância estudar a validade e eficácia da cláusula compromissória, da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, bem como averiguar a possibilidade de suspensão da arbitragem com fundamento no art. 6º da Lei de Falência e Recuperação Judicial.

De início, afirma-se que a superveniente decretação da falência em nada influencia na validade e na eficácia da cláusula compromissória celebrada pelas partes. Conforme mencionado acima, para que seja celebrada a convenção de arbitragem, é imperioso que as partes tenham capacidade e que os direitos sejam patrimoniais disponíveis.

A efetiva disponibilidade dos direitos patrimoniais da empresa devedora deve ser verificada no momento da celebração da cláusula compromissória, não no momento em que efetivamente surge a controvérsia a ser solucionada pela via arbitral. Ademais, sustenta-se que o superveniente deferimento da falência não acarreta à empresa devedora uma indisponibilidade absoluta de seus direitos patrimoniais. Entende-se que há uma restrição da disponibilidade, mas não a extinção dela. Em relação à capacidade para contratar, a convenção arbitral deverá ser considerada válida e eficaz se, no ato da contratação, havia capacidade plena da parte para a celebração do negócio jurídico, não no momento em que surge o conflito. Portanto, a presença dos elementos indispensáveis do art. 1º da Lei 9.307/1996 deve ser analisada à época da celebração do negócio jurídico, sob pena de violação da segurança jurídica.³²

32 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherme Piccardi de

A decretação de falência não prejudica as convenções de arbitragem celebradas anteriormente. Se, na época em que foi avençada a convenção de arbitragem, a parte que a celebrou poderia fazê-la, então a convenção é ato jurídico perfeito, não havendo qualquer prejuízo na perda superveniente da possibilidade do agente que a praticou.³³

Nesse sentido foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso paradigma *Interclínicas v. Saúde ABC*:

(i) Da validade da cláusula compromissória. O primeiro aspecto a ser ressaltado é que a cláusula compromissória foi firmada pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial da INTERCLÍNICAS, oportunidade em que esta detinha capacidade plena para contratar, tendo então optado por sujeitar à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis, concernentes à transferência de sua carteira de clientes. Assim, no ato de celebração do compromisso arbitral estavam presentes tanto o seu requisito subjetivo, previsto na primeira parte do art. 1º da Lei nº 9.307/96, consistente na capacidade civil para contratar, quanto seu requisito objetivo, também contido no referido art. 1º, *in fine*, correspondente à disponibilidade do direito patrimonial. Não há, pois, dúvida alguma acerca da validade da cláusula compromissória na espécie.³⁴

Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 90.

33 ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires de; RAMALHO, Matheus Souza. A Compatibilidade da Arbitragem com a Falência e a Recuperação Judicial. Disponível em: «<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/z90762xj/K221gVM6mgLC16ac.pdf>». Acesso em: 16 mar. 2019, p. 126.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº. 14.295/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 13 jun. 2008.

Posto que a validade e eficácia da cláusula de arbitragem devem ser analisadas levando-se em consideração os requisitos na data de sua celebração, cabe definir a quem compete realizar tal análise. Pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, cabe ao árbitro analisar a validade e eficácia da referida cláusula compromissória. A intenção do legislador no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem foi conferir ao árbitro a autoridade para pronunciar-se sobre sua própria competência, não podendo o Poder Judiciário ou as partes deliberarem de modo contrário.

Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

4. Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão.³⁵

No que tange à arbitrabilidade subjetiva, a sentença que decreta a falência nomeia o administrador judicial (art. 99, IX, da Lei nº 11.101/2005) e torna o devedor inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial (art. 102 da Lei nº 11.101/2005). Outrossim, perde o direito de administrar os seus próprios bens ou deles dispor (art. 103 da Lei nº 11.101/2005). Por conseguinte, a massa falida representada pelo administrador irá substituir o falido, que deixa de ser

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1355831/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti. Data do Julgamento: 19 mar. 2013.

parte nos processos nos quais atua, nos termos dos arts. 22, III, “n”, e 76, parágrafo único, ambos da Lei de Falência e Recuperação Judicial.

A inabilitação não torna o falido incapaz nem acarreta a perda de sua capacidade processual. Na verdade, a inabilitação somente o restringe para realizar determinadas atividades, como exercer atividade empresarial em seu próprio nome. Porém, não impede que seja sócio ou administrador de sociedade. Ademais, não há perda total da capacidade processual, mas restrições a sua capacidade.

O falido não mais atuará como autor ou réu dos processos relacionados aos bens ou negócios vinculados ao processo de falência. Todavia, nada impede que ele seja autor ou réu em processos sem reflexos econômicos ou atue nos casos em que a lei expressamente autoriza, como o ajuizamento de ações de impugnação de créditos. Assim, o falido não perde a capacidade processual, mas terá restrições nessa seara, podendo atuar em nome próprio nas questões que se referem ao seu interesse de agir.³⁶

Felipe Ferreira Machado Moraes³⁷ ressalta que, após a decretação da falência, a personalidade jurídica do devedor, assim como a sua capacidade, prossegue normalmente (art. 103, parágrafo único, da Lei nº 11.101). O fato de a sociedade ter decretada sua falência não afasta a arbitrabilidade subjetiva, pois o art. 22, III, “c”, da Lei nº 11.101/2005, incluído pela Lei nº 14.112/2021, expressamente possibilita a representação da massa falida pelo administrador judicial nos processos arbitrais. Igual conclusão é atingida nos casos anteriores à alteração legislativa, pois, nos termos do art. 22, III, “n” cabe ao administrador judicial a representação da massa falida em juízo. Sendo a arbitragem igualmente jurisdição, ainda que privada,

36 TOMAZETTE, op. cit., p. 380.

37 MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e Falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 767.

deverá o administrador judicial representar a massa também nos processos arbitrais.

A sociedade falida não perde a aptidão para ser parte de um procedimento arbitral. A arbitrabilidade subjetiva estará presente na medida em que o art. 76, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005 garante que todas as ações terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo. Deve-se fazer uma interpretação extensiva do dispositivo, abrangendo a possibilidade de representação da massa falida pelo administrador nos procedimentos arbitrais.

Portanto, pela análise conjunta dos arts. 22, III, “n”, e 76, parágrafo único, da Lei de Falência e Recuperação Judicial, concluímos que a massa falida tem aptidão para participar de um procedimento arbitral, desde que devidamente representada pelo administrador judicial. Desse modo, estará preenchido o requisito da arbitrabilidade subjetiva.

No que concerne à arbitrabilidade objetiva, em uma análise superficial do art. 103 da Lei nº 11.101/2005, poder-se-ia concluir erroneamente que a indisponibilidade dos bens do falido afastaria a arbitragem pela ausência de direito patrimonial disponível. Contudo, ressalta-se que a indisponibilidade está voltada para o falido e não para os bens que integram o patrimônio. Os bens do falido passam a compor a massa falida e seguirão disponíveis, desde que observados os requisitos legais.³⁸

Assim julgou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento nº 9044554-23.2007.8.26.0000³⁹ de Relatoria

38 Ibid., p. 772.

39 Outrossim, é correta a assertiva do ilustre magistrado de que, decretada a falência, o devedor perde o direito de administrar seus bens ou deles dispor, na dicção expressa do artigo 103 da Lei nº 11.101/2005. No entanto, disso não resulta que a indisponibilidade dos bens, interesses e direitos envolvidos no processo de falência acarrete a aplicação do artigo 25 da Lei nº 9.307/96 à convenção de arbitragem anteriormente pactuada, eis que, caberá à Massa Falida

do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Foi decidido no recurso que, apesar de a decretação de falência ter como efeito a perda do direito do devedor de dispor de seus próprios bens (art. 103, *caput*, da Lei nº 11.101/2005), isso não significa que tais bens são indisponíveis. O devedor falido não poderá dispor de seus bens, pois perde a administração e disponibilidade sobre eles, porém a massa falida, representada pelo administrador judicial, poderá dispor desses bens, respeitadas as exigências previstas em lei como, por exemplo, a prevista no art. 99, VI, da Lei de Falência.⁴⁰

Dessa forma, a arbitrabilidade objetiva não é abalada em razão da decretação da falência de uma das partes, uma vez que tais bens continuam sendo disponíveis, contanto que cumpram as condições legais.

Pelo fato de a decretação de falência não afastar a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, pode a sociedade falida prosseguir em um procedimento arbitral já instaurado ou iniciar uma arbitragem para solucionar conflitos decorrentes de contratos que prevejam cláusula compromissória.

Questão pertinente a ser analisada diz respeito à necessidade ou não de interpelação do administrador judicial para dar cumprimento à cláusula compromissória, conforme preceitua o art. 117 da Lei de Falência.

A decretação de falência, em regra, não extingue os contratos bilaterais. A lei possibilita que o administrador judicial decida pela

representada pelo Administrador Judicial praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, consoante prevê o artigo 22, inciso III, alínea I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9044554-23.2007.8.26.0000, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, Data do Julgamento: 7 out. 2008).

40 “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo”.

continuação do contrato caso seu cumprimento reduza ou evite o aumento do passivo da massa falida ou seja necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê de Credores. Caso o administrador não declare se irá cumprir o contrato, a lei permite que o contratante o interpele para que se pronuncie a respeito (art. 117, §1º, da Lei nº 11.101/2005).

Ocorre que o art. 117 da Lei de Falência não se aplica às convenções de arbitragem, pois a convenção não é um contrato bilateral qualquer. Ademais, a convenção de arbitragem não é uma cláusula acessória ao contrato celebrado entre as partes. Ela é um negócio jurídico autônomo e independe da validade do contrato subjacente. Por ser dotada de autonomia, o administrador judicial é obrigado a respeitá-la.

Além de ser autônoma, a cláusula arbitral produz seus efeitos de forma imediata, ou seja, uma vez convencionada, as partes renunciam imediatamente à jurisdição estatal. Esse foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.355.831/SP⁴¹ que afastou a subordinação da eficácia da cláusula arbitral ao juízo de conveniência do administrador judicial, pois a convenção é suficiente para afastar a jurisdição estadual. Dessa forma, não há necessidade de interpellá-lo para que declare se cumpre ou não o contrato.

Nas palavras de Vidal:⁴²

Conforme anunciado, a interpelação objetiva uma resposta quanto ao cumprimento da obrigação objeto do contrato. Não se pode entender que, na presença de convenção de arbitragem, deva o administrador ser instado a se manifestar

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1355831 SP 2012/0174382-7. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data do Julgamento: 19 mar. 2013.

42 VIDAL, Gustavo Pane. *Convenção de Arbitragem*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18869/2/Gustavo%20Pane%20Vidal.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018, p. 108.

se irá ou não a cumprir, pois esta já produz o efeito de subtrair do Poder Judiciário a solução do litígio. Uma vez estipulada convenção arbitral, não é concedida a prerrogativa a qualquer das partes de renunciar, unilateralmente, à resolução do litígio através de arbitragem.

Desse modo, por ser dotada de autonomia e por produzir efeitos imediatos, não há incidência do art. 117, motivo pelo qual não há juízo de conveniência do administrador judicial, sendo este obrigado a respeitá-la.

Outros efeitos da decretação da falência são a suspensão das ações nas quais o falido seja parte e a formação de um juízo universal e indivisível. Segundo o art. 6º, da Lei nº 11.101/2005, a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que, uma vez instaurado o processo judicial, a arbitragem já em curso seria suspensa por força do art. 6º, *caput*, da Lei de Falência e Recuperação. Ademais, o procedimento arbitral já instaurado seria atraído para o juízo falimentar, pois, pelo princípio da indivisibilidade previsto no art. 76 da Lei nº 11.101/2005, esse seria o competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido.

Entretanto, a arbitragem não se sujeita à regra geral do art. 6º, *caput*, mas ao §9º, adicionado pela Lei nº 14.112/2020, que prevê que a decretação de falência não impede ou suspende a instauração de procedimento arbitral. A solução é a mesma nos casos anteriores à alteração legislativa, uma vez que referida hipótese enquadrava-se no parágrafo primeiro, que determina o prosseguimento da ação que demandar quantia ilíquida no juízo no qual estiver processando-se.

Além disso, a arbitragem é uma exceção ao princípio da indivisibilidade, porque se enquadra na ressalva do *caput* do art. 76, ten-

do em vista não ser regulada pela Lei nº 11.101/2005 e ser uma causa julgada em uma justiça especializada, assim como as ações trabalhistas e fiscais.

De acordo com Moraes:⁴³

Entende-se que o art. 6º deve ser aplicado e interpretado com os arts. 76 e 117. Os referidos dispositivos devem permitir o prosseguimento da arbitragem perante o juízo especial (arbitral), constituindo exceção à universalidade e à unidade do juízo falimentar. Contudo, corroborando ainda mais o entendimento ora proposto, entende-se que, também em razão da especialidade da jurisdição arbitral, o processo deverá prosseguir nesse juízo, assim como ocorre com as ações trabalhistas e fiscais. Acresce-se ao argumento, relacionado à especialidade do juízo, a constatação que a arbitragem é processo extrajudicial, portanto externo à estrutura do Poder Judiciário, o que justificaria, com maior razão, a exceção ora proposta.

Pelo exposto, a cláusula compromissória, por ser autônoma em relação ao contrato, não pode ser afastada pelo administrador judicial. A decretação da falência não interfere na validade e eficácia da convenção de arbitragem e não suspende os procedimentos arbitrais já em curso. Esse também foi o posicionamento adotado pela doutrina no enunciado nº 75 da II Jornada de Direito Comercial⁴⁴ e no

43 MORAES, Felipe Ferreira Machado. *Arbitragem e Falência*. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 781.

44 “75. Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato”.

enunciado nº 6 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios.⁴⁵

Quanto à possibilidade de o falido celebrar acordo no curso da arbitragem com o objetivo de findar o litígio, entende-se ser necessária a autorização judicial, conforme exigido pelo art. 22, §3º, da Lei de Falência. Ao celebrar o acordo, o administrador estará transigindo sobre direitos e obrigações da massa falida. Desse modo, não é necessária a autorização judicial para se iniciar uma arbitragem, porém ela é necessária para a celebração de acordo em seu bojo.

Por fim, cumpre examinar se, após a decretação da falência, poderá a massa falida celebrar convenção de arbitragem. Há divergência sobre o assunto na doutrina. Segundo Vidal,⁴⁶ não é possível a celebração de convenção de arbitragem na pendência de processo falimentar, uma vez que não há livre disponibilidade dos bens pelo falido nem pelo administrador judicial, o qual se submete à regra prevista no art. 142 da Lei nº 11.101/2005.

No mesmo sentido, conforme Almeida e Ramalho,⁴⁷ na falência o devedor perde o poder de dispor e administrar seus bens, bem como perde a representação da sua atividade. Por esses motivos, estaria impedido de celebrar convenção de arbitragem após a decretação da falência.

Em sentido contrário, Moraes⁴⁸ sustenta que os direitos que compõem a massa permanecem disponíveis, podendo o administrador celebrar contratos, desde que respeite os requisitos legais. Assim,

45 “O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende”.

46 VIDAL, op. cit., p. 109.

47 ALMEIDA; RAMALHO, op. cit., p. 125.

48 MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e Falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 783.

para que o administrador possa celebrar convenção de arbitragem, dispondo de bens e direitos em nome da massa, deverá solicitar autorização judicial, conforme art. 22, §3º, da Lei de Falência e Recuperação. Porém, a autorização será dispensada caso a outra parte concorde em assumir a responsabilidade integral pelo pagamento das custas dos procedimentos arbitrais, pois não implica disponibilidade patrimonial.

Pelo exposto no presente trabalho, parece ser mais correta a posição que possibilita a celebração de convenção de arbitragem pela massa falida representada pelo administrador judicial. A decretação da falência não torna os bens indisponíveis para a massa falida, podendo o administrador deles dispor, desde que haja autorização judicial, após ouvidos o Comitê de Credores e o devedor. A referida autorização se mostra necessária pois, ao final do procedimento arbitral, caso a massa falida seja condenada, terá que suportar indiretamente, quando da habilitação no quadro geral de credores, o montante das despesas com a arbitragem, que são muito superiores a uma demanda judicial.

Conclusão.

A arbitragem é uma forma alternativa de resolução de conflitos por heterocomposição regulada pela Lei nº 9.307/1996. Por meio de convenção de arbitragem, as partes acordam em submeter os litígios decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis à apreciação de árbitros cujas decisões são consideradas títulos executivos judiciais.

A arbitragem possui diversas vantagens se comparada ao processo judicial. Entre elas, podemos citar a celeridade, a confidencialidade, a possibilidade de escolha do árbitro, a especialidade dos julgadores, o menor formalismo do processo e a circulabilidade da sentença.

Arbitrabilidade é a aptidão para que um conflito seja passível de resolução pelo procedimento arbitral, sendo que os requisitos ne-

cessários para que um conflito seja submetido à arbitragem estão previstos no art. 1º da Lei nº 9.307/1996. Ela é qualificada em arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva. A primeira está relacionada com a capacidade de uma pessoa contratar cláusula de arbitragem. Já a segunda corresponde aos direitos que podem ser solucionados por arbitragem. Somente as pessoas capazes podem contratar cláusula de arbitragem e somente as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de serem submetidas à arbitragem.

A convenção de arbitragem é gênero de negócio jurídico por meio do qual as partes se comprometem a adotar a arbitragem como meio de resolução do conflito. A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies de convenção de arbitragem. Pela cláusula compromissória, prevendo a possibilidade de ocorrer conflitos, as partes acordam que eles serão solucionados por arbitragem. No compromisso arbitral, somente após o litígio ser instaurado as partes acordam que ele será dirimido por arbitragem.

A convenção de arbitragem é autônoma e independe da validade do contrato subjacente. Uma vez contratada, afasta a jurisdição estatal. Dessa forma, pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz* previsto no art. 8º da Lei de Arbitragem, compete ao árbitro analisar a validade e eficácia da convenção.

Pelo grande número de falências decretadas nos últimos anos e pela ausência de expressa previsão legal sobre o tema até o advento da Lei nº 14.112/2021, é de suma importância a investigação dos efeitos da decretação da falência no procedimento arbitral, principalmente sobre a cláusula compromissória estipulada entre as partes.

Sem a intenção de esgotar o assunto, analisaram-se as consequências da decretação de falência sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória, a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, bem como se verificou a desnecessidade de interpelação do administrador judicial para cumprir com a cláusula arbitral. Ao final, defende-se a impossibilidade de suspensão da arbitragem já instaurada com fundamento no art. 6º da Lei nº 11.101.2005 e a viabilidade da celebração

de convenção de arbitragem após a decretação da falência, desde que haja expressa autorização judicial.

A superveniente decretação da falência em nada influencia na validade e na eficácia da cláusula compromissória celebrada pelas partes. A validade e eficácia da cláusula de arbitragem devem ser analisadas levando-se em consideração os requisitos na data de sua celebração.

A decretação da falência não afasta a arbitrabilidade subjetiva, pois o art. 22, III, “n”, da Lei nº 9.307/1996 expressamente possibilita a representação da massa falida pelo administrador em todos os processos. Portanto, o falido será sucedido pela massa falida que será representada pelo administrador judicial.

A arbitrabilidade objetiva não extingue com a decretação da falência. A indisponibilidade prevista no art. 103 da Lei nº 11.101/2005 atinge apenas o falido e não o patrimônio da massa falida. Os bens do falido passam a compor a massa falida e continuarão sendo disponíveis, desde que observadas as determinações previstas na lei.

Quanto à interpelação do administrador pelo contratante, não se aplica o art. 117 da Lei de Falência às convenções de arbitragem. A convenção não é um contrato bilateral qualquer nem uma cláusula acessória ao contrato celebrado entre as partes. Ela é um negócio jurídico autônomo e independe da validade do contrato subjacente. Por ser dotada de autonomia, não há discricionariedade no seu cumprimento, tendo o administrador a obrigação de observar o que foi acordado.

A decretação de falência não suspende o procedimento arbitral. A arbitragem não se enquadra na regra geral do art. 6º, *caput*, mas no §9º, que determina que a falência não impede ou suspende a instauração de procedimento arbitral.

Por fim, poderá a massa falida, representada pelo administrador judicial, celebrar convenção de arbitragem após a decretação da

falência, sendo imprescindível a autorização judicial para tanto. Após a decretação da falência, os bens não se tornam indisponíveis para a massa falida, podendo o administrador deles dispor, desde que obedidos os requisitos legais. A autorização judicial é necessária pois, ao final do procedimento arbitral, caso a massa falida seja condenada, terá que suportar indiretamente, quando da habilitação no quadro geral de credores, o montante das despesas com a arbitragem, que são muito superiores a uma demanda judicial.

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NA DETERMINAÇÃO DO CENTRO DE INTERESSES PRINCIPAIS: PARÂMETROS PARA INTERPRETAR A RECENTE REFORMA DA LEI DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRA¹

THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CASE LAW IN DETERMINING THE CENTER OF MAIN INTERESTS: GUIDELINES FOR INTERPRETING THE RECENT REFORM IN THE BRAZILIAN INSOLVENCY LAW

Guilherme Penalva Santos

Resumo: Em dezembro de 2020, o Brasil promoveu uma alteração na sua legislação falimentar que incorporou a Lei Modelo de insolvência transnacional da UNCITRAL. A nova legislação está baseada no universalismo modificado, que envolve a coordenação entre um processo principal e outros processos secundários de insolvência. O processo principal deve ser instaurado no centro de interesses principais (“COMI”) do devedor. Tendo em vista a incipiente doutrina nacional e quase inexistente jurisprudência sobre o assunto no Brasil, a proposta deste artigo é buscar na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) elementos para a identificação do COMI do devedor. Para fins metodológicos, é importante destacar que se se optou por restringir a pesquisa ao TJUE, pois (i) os regulamentos de insolvência europeus também utilizam o COMI para definir o processo de insolvência principal, (ii) o TJUE já possui rica jurisprudência desenvolvida nos últimos vinte anos, (iii) o TJUE é a instância uniformizadora da aplicação da legislação comunitária no âmbito da União Europeia e (iv) uma análise da jurisprudência de outros tribunais tornaria o presente artigo muito mais extenso, desvir-

¹ Artigo recebido em 04.05.2021 e aceito em 10.08.2021.

tuando os propósitos limitados do presente trabalho. A presente pesquisa é do tipo qualitativa e utiliza o método de abordagem indutivo. Trata-se de estudos de casos. As fontes primárias são as decisões do TJUE e as fontes secundárias são os textos doutrinários que tratam dos critérios definidores do COMI. O resultado deste artigo são uma série de critérios utilizados pelo TJUE que serão úteis para interpretar a recente reforma na lei brasileira de insolvência.

Palavras-chave: Centro de interesses principais (“COMI”). Insolvência. Processo principal. Tribunal de Justiça da União Europeia.

Abstract: In December 2020, Brazil has changed its bankruptcy law and incorporated the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. The new legislation is based on modified universalism, which involves coordination among a main and others secondary insolvency proceedings. The main proceeding must be filled in the center of main interests (“COMI”) of the debtor. In light of the lack of national doctrine and Brazilian case law on the subject, the purpose of this article is to analyze the European Court of Justice (“ECJ”) case law to determine debtor’s COMI. For methodological purposes, it is important to highlight that the decision to restrict the analysis to the ECJ case law is based on the following: (i) European insolvency regulations also use the COMI to define the main insolvency proceeding, (ii) the ECJ has already a vast caselaw on the subject developed in the last twenty years, (iii) the ECJ has the final word on the application of European legislation within the European Union and (iv) an analysis of the case law of other courts would make this article much more extensive, not compatible with the limited purposes of the present work. This research uses the inductive method approach. The primary sources are the decisions of the ECJ and the secondary sources are the doctrinal texts that deal with the criteria to define the COMI. The result of this article is a series of criteria used by the ECJ that will be useful to interpret the recent reform in the Brazilian insolvency law.

Keywords: Center of main interests (“COMI”). Insolvency. Main proceeding. European Court of Justice.

Sumário: Introdução: sistemas de insolvências transnacionais e a reforma da lei brasileira. 1. O universalismo por meio da cooperação entre juízos de insolvência. 2. A determinação do COMI no âmbito da União Europeia e a jurisprudência do seu Tribunal de Justiça. 2.1. Caso Eurofood julgado pela Corte de Justiça Europeia em 2 de maio de 2006. 2.2. Caso Susanne Staubitz-Schreiber julgado pela Corte de Justiça Europeia em 17 de janeiro de 2007. 2.3. Caso Interdill julgado pela Corte de Justiça Europeia em 20 de outubro de 2011. 2.4. Caso Rastelli julgado pela Corte de Justiça Europeia em 15 de dezembro de 2011. 2.5. Caso Novo Banco julgado pela Corte de Justiça Europeia em 16 de julho de 2020. Conclusão.

Introdução: sistemas de insolvências transnacionais e a reforma da lei brasileira.

A tomada de crédito é elemento central no desenvolvimento econômico. A decisão de obter crédito envolve sempre uma análise de risco, pois, eventualmente, este pode vir a não ser pago em razão de incapacidade financeira do mutuário. A insolvência de pessoas e de empresas é um fato que sempre existiu desde o princípio do comércio no mundo.

Inicialmente, o comércio realizava-se basicamente no âmbito local. Isto é, tomava-se empréstimo em um banco local, contratava-se empregados da região e se produzia para os habitantes daquela localidade. Eventual falência do comerciante resolver-se-ia com a arrecadação de todos os seus bens por um juiz daquele Estado aplicando a lei falimentar interna.

A partir do início do Renascimento houve um aumento paulatino do comércio envolvendo indivíduos de diferentes países e, desta forma, as insolvências passaram a estar conectadas com mais de um Estado. Como lidar com uma falência quando o patrimônio de um indivíduo está separado em diferentes Estados?

A insolvência transnacional envolve dois grandes problemas: a determinação do foro competente e da lei aplicável ao concurso de credores. Em outras palavras, qual a corte será a competente para julgar a questão e qual lei será aplicável para as controvérsias envolvidas no caso.

A lei aplicável ao concurso rege questões fundamentais, como a ordem de pagamento dos credores e as nulidades das transações realizadas dentro do período suspeito, sendo esta última, na opinião do professor Jay Westbrook, a questão mais relevante de uma insolvência transnacional.² A identificação da lei aplicável geralmente depende da identificação do juízo competente, uma vez que as principais questões da insolvência são regidas pela *lex concursus*, que por sua vez é a lei do foro do processo principal.

Há dois grandes modelos teóricos para lidar com a insolvência transnacional: o territorialismo e o universalismo. De acordo com o professor Lynn M. Lopucki, o territorialismo é a regra padrão do Direito Internacional, assim como em qualquer área do Direito em geral (constitucional, tributário, patentes e, também, a insolvência). Cada país aplica o seu Direito às pessoas e bens dentro do seu território. Assim, o territorialismo aplicado à insolvência significa aplicar a lei local, por meio de um juiz do próprio país, aos bens situados naquele Estado.³

2 WESTBROOK, Jay Lawrence. *The Lessons of Maxwell Communication*, 64 Fordham L. Rev. 2531, 1996. p. 2531. Disponível em: «<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol64/iss6/3>». Acesso em: 15 abr. 2021.

3 LOPUCKI, Lynn. *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, 2000, p. 2218. Disponível em: «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=224103». Acesso em: 15 abr. 2021.

Assim, o princípio básico do territorialismo é o juiz local aplicar a lei doméstica aos bens situados dentro de um determinado país. O patrimônio situado no exterior é desconsiderado e deve ser submetido a um processo de insolvência apartado perante um juiz local que, por sua vez, aplicará a lei do seu próprio país. Logo, podem haver tantos processos de insolvência quanto forem os países em que o patrimônio do devedor estiver espalhado. Em artigo publicado em 2000, o professor Lynn M. LoPucki afirma que o territorialismo seria, naquele momento, a regra geral da insolvência internacional.⁴

Para LoPucki, as multinacionais teriam respondido ao territorialismo criando subsidiárias em outros países e lá deixando bens. Afirma o referido autor que o territorialismo aplicável às insolvências transnacionais não apresentaria grande problemas. O territorialismo aplica a lei do país aos bens nele situados. Se a mesma empresa tiver bens em outro país, o outro país aplicará a sua lei de insolvência àqueles bens. De acordo com LoPucki, o territorialismo descrito acima não seria o territorialismo que ele propõe, mas sim o sistema atualmente em funcionamento no mundo.⁵

De acordo com Kent Anderson o territorialismo seria o sistema padrão dos países. As suas principais vantagens seriam: (i) jurisdição e soberania são preservadas na medida que cada Estado (por meio do seu judiciário) decide o destino do patrimônio do devedor localizado dentro das suas fronteiras, (ii) não há conflito de jurisdições, na medida em que nunca um juiz de outro país decidiria acerca dos bens do devedor situados no exterior, (iii) o territorialismo prescinde de legislação especial ou de qualquer tipo de acordo internacional para funcionar, pois decorre da simples aplicação da lei interna de cada Estado dentro do seu território e (iv) melhor atenderia os interesses das partes, que teriam absoluta clareza da lei aplicável e do foro competente.⁶

4 LOPUCKI, Lynn, op. cit., p. 2219.

5 LOPUCKI, Lynn, op. cit., p. 2219/2220.

6 ANDERSON, Kent. *The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Uni-*

Em contrapartida ao territorialismo, existe o universalismo. Em linhas gerais, o universalismo propõe que todo o patrimônio do devedor seja administrado por um determinado juízo, que aplicaria a sua lei nacional à integralidade do patrimônio do devedor, independentemente se o patrimônio estiver dividido entre diferentes países. A consequência direta desta teoria é que o juiz de determinado Estado teria poderes para fazer cumprir as suas decisões em território estrangeiro. Essa versão “pura” do universalismo nunca foi posta em prática porque viola noções básicas de soberania dos Estados. LoPucki explica o universalismo com uma interessante metáfora:

o uso mais comum do termo “universalismo” prevê que as cortes locais de cada país afetado serão obrigadas pela lei local ou convenção internacional a executar ordens da corte do país de origem [isto é, a corte do centro dos principais interesses do devedor]. Conforme já escrevi, “uma corte toca a música e todas as outras dançam”. Assim, o universalismo não é um sistema de uma única corte, mas somente um sistema de uma corte dominante.⁷

Existiria, por fim, o universalismo modificado, que se referiria a uma forma ainda menos rígida de controle. Neste sistema, a corte do país do processo principal toma decisões, afetando inclusive o patrimônio situado no exterior, mas os tribunais dos demais países têm a liberdade de decidir se vão cooperar ou não com os pedidos da corte do processo principal. Segundo Frederick Tung, é possível encontrar referências ao universalismo já em 1888, quando o professor John Lowell defendia um único processo de insolvência em um único lugar.⁸

versal Approach Considering the Japanese Experience, 21 U. Pa. J. Int'l L. 679, 2000, p. 697/698. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol21/iss4/1/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

7 LOPUCKI, Lynn, op. cit., p. 2221.

8 TUNG, Frederick. Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and Internatio-

De acordo com Kent Anderson, as principais vantagens do universalismo são a eficiência, economia e isonomia no tratamento dos credores. O modelo seria mais eficiente porque não haveria o risco de decisões conflitantes e um único processo englobaria todo o patrimônio do devedor e, deste modo, a reorganização empresarial ou a liquidação do patrimônio não seria feito de modo fatiado, o que evitaria perda de valor da empresa. Seria um modelo mais econômico na medida que não haveria custos extras com diversos outros procedimentos paralelos em outros países em que o devedor possua bens. Por fim, o sistema seria mais isonômico, na medida em que não haveria discriminação contra credores estrangeiros, pois todos receberiam o mesmo tratamento, uma vez que seriam regidos por uma lei única de insolvência.⁹

De acordo com Francisco Satiro e Paulo Campana, existem dois modelos teóricos antagônicos para tratar da insolvência transnacional. No territorialismo “o juízo de cada Estado teria jurisdição exclusiva sobre os bens do devedor nele localizados; e, como resultado, o direito de cada um desses Estados governaria a arrecadação de ativos e a distribuição de valores aos credores”.¹⁰ Já no universalismo, o Estado onde o devedor possui seu centro de principais interesses “teria jurisdição mundial para administrar a sua insolvência”.¹¹ Todavia, os autores advertem que o grande vencedor dessa disputa é o universalismo, ainda que na sua forma mitigada.¹²

nal. *UC Berkeley Law and Economics Working Paper*, Boston, abr. 2001, p. 2. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.267437>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

9 ANDERSON, Kent, op. cit., 2000, p. 686-690.

10 SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A insolvência transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação. In: *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. Coordenador: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 123.

11 *Ibidem*.

12 Diz-se vencedor porque se observa um aumento paulatino e consistente nos países que vêm adotando o universalismo. Não obstante, ainda há autores que contestam o universalismo

A insuficiência desses modelos teóricos já era percebida desde o final do século XIX. “Soluções intermediárias, tal como a proposta de Jitta de um modelo compreendendo um processo de insolvência principal no “centro de vida ativa” do devedor; processos secundários de insolvência funcionariam como “satélites” com o objetivo de auxiliar o processo principal e de facilitar a coleta e distribuição de bens”.¹³ Há inúmeras variantes entre o territorialismo e o universalismo, que, todavia, não serão abordadas neste trabalho, tendo em vista o seu escopo limitado.¹⁴

Adiante, Satiro e Campana fazem interessante observação de que foi logo descoberto “que o universalismo poderia ser atingido na prática por meio da coordenação de diversos processos de insolvência locais (isto é, territoriais), dando corpo, assim às soluções teóricas intermediárias desenvolvidas desde o século XIX”.¹⁵

O objetivo deste trabalho não é, contudo, discutir o modelo de insolvência transnacional mais eficiente. Para fins deste artigo basta a constatação de que, ao longo dos últimos vinte anos, o universalismo modificado se consolidou como o sistema dominante das insolvências transnacionais, a despeito da previsão do professor Lynn M. LoPucki.¹⁶ No âmbito global a principal iniciativa é a Lei Modelo de

modificado como a melhor alternativa. Nesse sentido KIPINIS, Alexander Michael. *Beyond Uncitral: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency*, 2006, p. 52. Disponível em «<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.913844>». Acesso em: 15 abr. 2021..

13 SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, op. cit., p. 124.

14 Há também teorias verdadeiramente inovadoras, como o contratualismo proposto por Robert Rasmussen (RASMUSSEN, Robert K. *Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering*, 2000. Disponível em: «<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol98/iss7/4>». Acesso em: 15 abr. 2021).

15 SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, op. cit., p. 124.

16 Nesse sentido SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, op. cit., p. 124. No mesmo sentido esclarece Bob Wessels: “Na prática, a maioria dos países modifica ou limita as arestas dessas teorias [universalismo e territorialismo] e introduz modelos modificados ou mistos, principalmente referidos como universalidade ‘modificada’, ‘limitada’ ou ‘mitigada’ (ou: universalismo), como a maioria deles em seus núcleos têm um elemento universal. O Regula-

Insolvência da UNCITRAL, que atualmente já foi adotada por 49 Estados em um total de 53 jurisdições.¹⁷ Já no âmbito da União Europeia, a principal iniciativa foi o Regulamento (CE) nº 1346/2000 (“Regulamento 1346 de 2000”), que foi substituído e aprimorado pelo Regulamento (UE) 2015/848, de 20 de maio de 2015 (“Regulamento 848 de 2015”), relativo aos processos de insolvência. Embora a Lei Modelo da UNCITRAL (“Lei Modelo”) e os regulamentos de insolvência europeus tenham muitas diferenças entre si, ambos adotam o universalismo modificado como modelo básico.

Após muita crítica por parte da doutrina, o Brasil finalmente resolveu seguir a tendência mundial no campo da insolvência transnacional e incorporou a Lei Modelo de Insolvência da UNCITRAL, por meio da Lei nº 14.112 de 2020, que incluiu os arts. 167-A a 167-Y à Lei de Insolvência Brasileira (Lei nº 11.101/05 – LREF). Contudo, não basta harmonizar o texto da lei; é necessário harmonizar a aplicação da lei.

Tanto o sistema da Lei Modelo e do Regulamento de Insolvência Europeu estabelecem como pilar básico a cooperação entre juízos onde os processos de insolvência tramitam, notadamente a necessidade de cooperação dos juízes dos processos auxiliares com o juiz do processo principal. Para determinar o local onde deve tramitar o processo principal, ambos os sistemas adotam o mesmo critério: o processo deve ser instaurado no juízo onde se situar o centro dos interesses principais do devedor (*centre of main interests* “COMI”). Contudo, como determinar o local do COMI?

mento de Insolvência da UE é baseado em um modelo misto, referido neste artigo como universalidade ‘coordenada’” (Wessels, Bob. Cross-Border Insolvency Law in Europe: Present Status and Future Prospects: *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad.*, 2017, p. 71/72. Disponível em: «https://www.researchgate.net/publication/317904438_Cross-Border_Insolvency_Law_in_Europe_Present_Status_and_Future_Prospects/link/59513ff4458515a207f495ef/download». Acesso em: 15 abr. 2021 – tradução livre).

17 United Nations. *Status: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*. 1997. Disponível em: «https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status». Acesso em: 15 abr. 2021.

Para auxiliar na definição do local do COMI este artigo se propõe a analisar como o Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido a questão. A rica jurisprudência europeia será importante ferramenta para interpretar a recente reforma na LREF.

1. O universalismo por meio da cooperação entre juízos de insolvência.

A cooperação entre diferentes juízes de insolvência surgiu como uma prática pretoriana, principalmente nos países da *common law*. Kurt Nadelmann diz que o Reino Unido reconhece, desde os *Casos Solomons v. Ross* (1764) e *Jollet v. Deponthieu* (1769), autoridade para *trustees* nomeados por juízos falimentares estrangeiros reclamarem bens situados no Reino Unido. De acordo com Nadelmann:

Desde então tem sido a doutrina inglesa de que todos os bens móveis, independentemente de onde estes estiverem situados, no momento da incidência da lei de insolvência estrangeira, passam para o *trustee* estrangeiro se o devedor estava sujeito à jurisdição da corte estrangeira. Mesmo em relação aos bens imóveis situados na Inglaterra, à um *trustee* estrangeiro era reconhecida autoridade para atuar como depositário de tais imóveis, vendê-los e adotar os procedimentos como um *trustee* na insolvência.¹⁸

Em linhas gerais, o universalismo modificado é baseado em grande cooperação entre o juízo do processo principal e os juízos dos processos não principais (também referidos como secundários ou au-

18 NADELMANN, Kurt H. *Bankruptcy Treaties*, 93 U. Pa. L. Rev. 58, 1944, p. 79. Disponível em: «https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol93/iss1/3». Acesso em: 15 abr. 2021. Tradução livre.

xiliares). Essa cooperação também se aplica aos administradores da insolvência e qualquer outro interessado no processo. O objetivo é proporcionar mecanismos para: (i) a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do país e de outros países em casos de insolvência transnacional; (ii) o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento; (iii) a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor; (iv) a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor; (v) a promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e a preservação de empregos; e (vi) a promoção da liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis.¹⁹

No universalismo modificado é dada proeminência ao processo principal em detrimento dos processos secundários. O processo principal deve ser instaurado no local onde o devedor tem o “centro de seus interesses principais”, o COMI, como já referido anteriormente. Já os processos auxiliares são abertos nos países em que o devedor tenha estabelecimento ou bens, mas que não se caracterizem como o COMI.

Nos termos da Lei Modelo de Insolvência, incorporada pelo Brasil, grande parte do processo de cooperação é feito por intermédio do representante estrangeiro, que é a pessoa ou órgão, inclusive o nomeado em caráter transitório, que esteja autorizado, no processo estrangeiro de insolvência, a administrar os bens ou as atividades do devedor, ou a atuar como representante do processo estrangeiro.²⁰ A

19 BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*. Brasília, 09/02/2005 – edição extra (“LREF”), Art. 167-A.

20 Art. 167-B, inciso IV da LREF.

autoridade estrangeira responsável pelo processo de insolvência também pode requerer cooperação diretamente.²¹

A insolvência transnacional no Brasil é baseada nos seguintes pilares: (i) o acesso à jurisdição brasileira, (ii) o reconhecimento dos processos estrangeiros, (iii) a cooperação com autoridades e representantes estrangeiros e (iv) os processos concorrentes.

O acesso à jurisdição brasileira é franqueado ao representante estrangeiro que, uma vez verificada esta qualidade, pode (i) ajuizar pedido de falência do devedor, desde que presentes certos requisitos para isso; (ii) participar do processo de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência do mesmo devedor, em curso no Brasil; e (iii) intervir em qualquer processo em que o devedor seja parte, atendidas as exigências do direito brasileiro.²²

Outro princípio fundamental da LREF é a isonomia dos credores locais com os credores estrangeiros, de modo que os credores estrangeiros têm os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais nos processos de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência.²³

O representante estrangeiro pode ajuizar, perante o judiciário brasileiro, pedido de reconhecimento do processo estrangeiro em que atua. Satisfeitos determinados requisitos previstos em lei, notadamente se não houver ofensa à ordem pública brasileira, o processo estrangeiro pode ser reconhecido como processo estrangeiro principal ou processo estrangeiro não principal. O processo estrangeiro será considerado principal quando este tiver sido instaurado no local em que o devedor tenha o seu centro de interesses principais. Nas demais hipóteses, o processo estrangeiro será reconhecido como não principal.²⁴ Ou seja, saber se o processo estrangeiro foi aberto ou não

21 Art. 167-B, inciso V da LREF.

22 Art. 167-F, §2º da LREF.

23 Art. 167-G da LREF.

24 Art. 167-J, §1º da LREF.

no COMI é o que definirá a categoria em que este será enquadrado. Esta definição é de suma importância, como veremos a seguir.

Andou bem a LREF ao prever algumas salvaguardas para evitar manipulações na determinação do COMI. O processo estrangeiro será reconhecido como processo estrangeiro não principal se o centro de interesses principais do devedor tiver sido transferido ou de outra forma manipulado com o objetivo de transferir para outro Estado a competência jurisdicional para abertura do processo.²⁵

Cabe destacar que a escolha de foro, conhecido em inglês como *forum shopping*, não é um ilícito em si. Há diversas hipóteses lícitas de escolha de foro pelo autor, como nos casos de competência internacional concorrente, em que não há jurisdição exclusiva. No campo da insolvência transnacional, o *forum shopping* se dá indiretamente, por meio da escolha de onde situar o COMI do empresário. Quando o devedor decide estabelecer o seu centro de interesses principais em um determinado lugar, ele indiretamente está escolhendo onde eventualmente pode vir a ser instaurado o seu processo principal de insolvência. O devedor pode preferir determinado foro pois, entende que este lhe será vantajoso com uma melhor lei concursal e uma menor chance de atingir o patrimônio dos sócios da empresa devedora, por exemplo. Nesse sentido, a escolha do foro é uma escolha racional do devedor e que deve ser, em princípio, respeitada.

Situação diversa é aquela prevista no dispositivo legal acima citado, que visa prevenir o abuso de direito na escolha do foro, ou seja, busca combater o *forum shopping* abusivo. Há várias formas de tentar manipular o COMI, desde a mais evidente que é a pura e simples transferência formal do centro dos principais interesses da empresa às vésperas do pedido de insolvência, como formas mais sofisticadas que envolvem a transferência de alguns elementos da atividade empresarial. Todavia, sempre que se perceber que a intenção é de

25 Art. 167-J, §2º da LREF.

fraudar a real identificação do COMI, o processo estrangeiro não deve ser reconhecido como processo principal.

A identificação do processo principal é de relevância fundamental para a insolvência. Primeiro porque é a *lex concursus* da insolvência que rege a maior parte dos aspectos falimentares e esta é a lei do foro do processo principal. Segundo porque há uma proeminência do processo principal em relação aos processos auxiliares.

Reconhecido um processo estrangeiro, seja ele principal ou auxiliar, o juiz pode conceder tutela provisória para a proteção da massa falida ou para a eficiência da administração. Por exemplo, o juiz poderá autorizar o representante estrangeiro a promover a destinação do ativo do devedor, no todo ou em parte, localizado no Brasil, desde que os interesses dos credores domiciliados ou estabelecidos no Brasil estejam adequadamente protegidos.²⁶

Todavia, caso se trate de um processo estrangeiro principal, o seu reconhecimento importa automaticamente na: (i) suspensão do curso de quaisquer processos de execução ou de quaisquer outras medidas individualmente tomadas por credores relativas ao patrimônio do devedor, respeitadas as demais disposições da LREF; (ii) suspensão do curso da prescrição de quaisquer execuções judiciais contra o devedor, respeitadas as demais disposições da LREF; e (iii) ineficácia de transferência, de oneração ou de qualquer forma de disposição de bens do ativo não circulante do devedor realizadas sem prévia autorização judicial.²⁷

Na hipótese de haver dois processos estrangeiros, sendo um principal e outro auxiliar em relação ao mesmo devedor, também se verifica uma proeminência do processo principal, pois (i) qualquer medida concedida ao representante de um processo estrangeiro não principal, após o reconhecimento de um processo estrangeiro princi-

26 Art. 167-N, §1º da LREF.

27 Art. 167-M da LREF.

pal, deve ser compatível com este último e (ii) se um processo estrangeiro principal for reconhecido após o reconhecimento ou o pedido de reconhecimento de um processo estrangeiro não principal, qualquer medida concedida deverá ser revista pelo juiz, que a modificará ou a revogará se for incompatível com o processo estrangeiro principal.²⁸

Além disso, há uma série de informações que o juízo responsável por um processo auxiliar deve prestar ao juízo do processo principal, tais como: (i) o valor dos bens arrecadados e do passivo, (ii) o valor dos créditos admitidos e sua classificação, (iii) a classificação, segundo a lei nacional, dos credores não domiciliados ou sediados nos países titulares de créditos sujeitos à lei estrangeira, (iv) a relação de ações judiciais em curso de que seja parte o falido, como autor, réu ou interessado e (v) a ocorrência do término da liquidação e o saldo, credor ou devedor, bem como eventual ativo remanescente.²⁹

Assim, verificamos que é de suma importância identificar o centro dos interesses principais de um devedor, pois é ele quem definirá se o processo será classificado como principal ou auxiliar, acarretando as distinções acima elencadas.

A reforma na lei falimentar brasileira que incorporou a Lei Modelo de Insolvência da UNCITRAL é muito recente, não havendo ainda jurisprudência ou doutrina nacionais significativas a respeito para auxiliar a aplicação da nova lei. Portanto, é importante pesquisar na jurisprudência estrangeira os critérios para a definição do COMI. Para isso, no capítulo seguinte, analisaremos a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Para fins metodológicos, é importante destacar que se se optou por restringir a pesquisa ao Tribunal de Justiça da União Euro-

28 Art. 167-T da LREF.

29 Art. 167-V da LREF.

peia, pois (i) os regulamentos de insolvência europeus se utilizam basicamente do mesmo critério adotado pelo Brasil³⁰ para se definir o processo de insolvência principal, (ii) o Tribunal de Justiça da União Europeia já possui rica jurisprudência desenvolvida nos último vinte anos, (iii) o Tribunal de Justiça da União Europeia é a instância uniformizadora da aplicação da legislação comunitária no âmbito da União Europeia e (iv) uma análise da jurisprudência de outros tribunais tornaria o presente artigo muito mais extenso, desvirtuando os propósitos limitados do presente trabalho.

2. A determinação do COMI no âmbito da União Europeia e a jurisprudência de seu Tribunal de Justiça.

A insolvência transnacional na União Europeia foi primeiramente disciplinada pelo Regulamento 1346 de 2000 do Conselho. De acordo com Bob Wessels, o regulamento de insolvência resolve um vácuo deixado pela Convenção de Bruxelas de 1968:

O regulamento deve ser visto no seu contexto processual, uma vez que preenche a lacuna deixada em aberto com a introdução da (o que então era) a Convenção de Bruxelas de 1968 sobre a jurisdição internacional e o reconhecimento de decisões em matéria civil e comercial. No contexto dos processos judiciais, o último (agora conhecido como Regulamento de Bruxelas de 2000) constitui a regra geral e o próprio regulamento (para decisões de insolvência) constitui a regra especial.³¹

30 Arts. 167-B, inciso II e 167-I, inciso III da LREF.

31 WESSELS, Bob. Cross-Border Insolvency Law in Europe: Present Status and Future Prospects. *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 2017, p. 79. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317904438_Cross-Border_Insolvency_Law_in_Europe_Present_Status_and_Future_Prospects/link/59513ff4458515a207f495cf/download>. Acesso em: 15 abr. 2021. Tradução livre.

Assim, a Convenção de Bruxelas, posteriormente substituída por regulamentos no âmbito da União Europeia,³² funcionaria como uma regra geral e o regulamento de insolvência funciona como uma regra especial. O regulamento de insolvência europeu, como não podia deixar de ser, apenas se aplica às relações dentro da União Europeia. Às Insolvências Transnacionais relacionadas a outros Estados se aplicam as regras gerais de DIPr ou regra especial do país (doméstica ou prevista em tratado).

Se por um lado a Lei Modelo de Insolvência da UNICTRAL foi elaborada em poucos anos, demoraram quase quarenta anos para que a matéria fosse regulamentada na União Europeia, por meio do Regulamento 1346 de 2000. Diferentemente da Lei Modelo, o Regulamento 1346 de 2000 é vinculante e aplicável dentro dos limites da União Europeia, com exceção da Dinamarca. Ou seja, o regulamento europeu é uma verdadeira lei no âmbito da União Europeia.³³ Outra distinção digna de nota é que o regulamento europeu tem a sua interpretação uniformizada por meio do Tribunal de Justiça europeu.

Além disso, o “regulamento europeu, da mesma forma que a lei modelo, enfatiza a coordenação entre processos de insolvência, mas deixa pouco espaço para juízes decidirem, de forma arbitrária, quais casos em que devam cooperar com outros juízes ou representantes estrangeiros”.³⁴

No Regulamento 1346 de 2000 o centro dos interesses principais é critério norteador da definição do processo principal e dos processos auxiliares, conforme esclarece o próprio regulamento:

32 Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, posteriormente revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

33 SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, op. cit., p. 133-134.

34 SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, op. cit., p. 134.

O presente regulamento permite que o processo de insolvência principal seja aberto no Estado-Membro em que se situa o centro dos interesses principais do devedor. O processo tem alcance universal, visando abarcar todo o património do devedor. Para proteger a diversidade dos interesses, o presente regulamento permite que os processos secundários eventualmente instaurados corram paralelamente ao processo principal. Pode-se instaurar um processo secundário no Estado-Membro em que o devedor tenha um estabelecimento. Os efeitos dos processos secundários limitar-se-ão aos activos situados no território desse Estado. A necessidade de manter a unidade dentro da Comunidade é garantida por normas imperativas de coordenação com o processo principal.³⁵

As normas de competência previstas no regulamento estabelecem unicamente a competência internacional, isto é, determinam o Estado-Membro cujos órgãos jurisdicionais estão habilitados a instaurar processos de insolvência. A competência territorial interna deve ser determinada pelo direito interno do Estado-Membro em questão.³⁶

O centro dos interesses principais, critério definidor da competência internacional, está expressamente definido no Regulamento 1346 de 2000:

Os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses

35 Considerando nº 12 do Regulamento nº 1.346/2000. Disponível em: «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2000.160.01.0001.01.POR». Acesso em: 08 abr. 2021.

36 Considerando nº 15 do Regulamento nº 1.346/2000. Disponível em: «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2000.160.01.0001.01.POR». Acesso em: 08 abr. 2021.

principais do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência. *Presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais das sociedades e pessoas colectivas é o local da respectiva sede estatutária.*³⁷

O Regulamento 1346 de 2000 foi aprimorado e substituído pelo Regulamento 848 de 2015. O novo regulamento incorporou avanços doutrinários na matéria e muita da jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu. No tocante à definição do COMI, estabelece o novo regulamento:

Os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência (“processo principal de insolvência”). O centro dos interesses principais é o local em que o devedor *exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros.*

No caso de *sociedades e pessoas coletivas*, presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais é o local da respectiva sede estatutária. Esta presunção só é aplicável se a sede estatutária não tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.

No caso de *pessoa singular que exerça uma atividade comercial* ou profissional independente, presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais é o local onde exerce a atividade principal. Esta presunção só é aplicável

37 Art. 3º, item 1 do Regulamento nº 1.346/2000. Disponível em: «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2000.160.01.0001.01.POR». Acesso em: 08 abr. 2021.

se o local de atividade principal da pessoa singular não tiver sido transferido para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.

No caso de *qualquer outra pessoa singular*, presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais é o lugar de residência habitual. Esta presunção só é aplicável se a residência habitual não tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos seis meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.³⁸

Percebe-se, sem grande esforço, que o novo regulamento de insolvência é muito mais detalhista do que o regulamento anterior na definição do COMI. Grande parte desse detalhamento decorreu de questionamentos surgidos acerca da aplicação do regulamento anterior. No novo regulamento buscou-se sanar essas dúvidas, positivando, sobretudo, a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu.

No novo regulamento o centro de interesses principais é formado pelo binômio (i) local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses e (ii) o local deve ser identificável por terceiros. O regulamento se utiliza de presunções para definir o COMI, mas que podem ser superadas quando os dois itens do binômio acima apontarem que centro de principais interesses se localiza em outro lugar.

No caso de pessoas jurídicas, a presunção é que o centro dos interesses principais é o local da respectiva sede estatutária, salvo se a sede estatutária tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência. No caso do comerciante individual, a presunção é o local

38 Art. 3º, item 1 do Regulamento nº 848/2015. Grifos nossos. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>». Acesso em: 08 abr. 2021.

onde exerce a atividade principal, salvo se esta tiver sido transferida nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência. Por fim, no caso de indivíduos que não sejam comerciantes, a presunção é o lugar de residência habitual, salvo se esta tiver sido transferida nos seis meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência.

No mesmo sentido, afirma Bob Wessels que o princípio geral do regulamento de insolvência europeu é que o procedimento principal de insolvência deve ser aberto no tribunal onde se localizar o COMI do devedor. Para uma empresa, há uma presunção relativa de que o COMI é o lugar onde a empresa está registrada. Esta presunção, todavia, pode ser elidida. A seguir, o autor esclarece a consequência mais importante da definição do procedimento principal:

O processo de insolvência aberto [no centro de principais interesses] é denominado processo principal. A sua consequência mais importante é que a lei aplicável ao processo de insolvência com fundamento no regulamento é a “do Estado-Membro em cujo território o processo é aberto”, ou seja, é a *lex concursus*, e que o processo aberto será automaticamente reconhecido em todos os outros Estados-Membros (artigo 16º).³⁹

Assim, o procedimento principal determina a *lex concursus*, sendo esse processo reconhecido automaticamente nos demais Estados-Membros. Por outro lado, os efeitos dos processos secundários são restritos aos bens do devedor situados no interior do Estado-Membro em que o procedimento é aberto.

Cabe destacar que embora o Regulamento 1346 de 2000 estabelecesse como regra geral a aplicação da *lex concursus*, ou seja, a aplicação da lei de insolvência do foro do processo principal para as

39 WESSELS, Bob, op. cit., p. 74. Tradução livre.

questões da insolvência, havia diversas exceções disciplinadas nos artigos 5 a 15 do antigo regulamento. Essas exceções à *lex concursus* foram parcialmente alteradas pelo Regulamento 848 de 2015, nos seus artigos 8 a 18.

Ambos os regulamentos tratam do reconhecimento automático da ação ajuizada no COMI. Esse reconhecimento, todavia, não impede a abertura de procedimentos secundários. O novo regulamento estabelece o direito do credor de habilitar o seu crédito no Estado-Membro da sua residência.

O COMI deve corresponder ao lugar onde o devedor realiza a sua administração de forma regular e é verificável por terceiros.⁴⁰ Bob Wessels afirma que, nos quatros primeiros anos de vigência do Regulamento 1346 de 2000, setenta por cento dos casos relacionados ao regulamento envolviam a determinação do COMI, como ocorreu nos casos Daisytek e Parmalat.⁴¹ A seguir o autor lista uma série não exaustiva de fatos e circunstâncias extraídos dos casos Daisytek⁴² e Parmalat⁴³ que ajudaram a identificar o COMI:

- (i) A administração do dia-a-dia é conduzida no Estado do foro (Irlanda);
- (ii) Os diretores possuíam a nacionalidade do foro (Itália);
- (iii) A empresa (incorporada em Delaware) apresentou-se ao seu credor mais importante como tendo seus principais escritórios executivos no foro do Estado (Inglaterra);

40 Considerando nº 13 do Regulamento nº 1.346/2000. Disponível em: «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2000.160.01.0001.01.POR». Acesso em: 08 abr. 2021.

41 WESSELS, Bob, op. cit., p. 75.

42 Com subsidiárias no Reino Unido, Alemanha e França.

43 Envolvendo Itália, Irlanda, os Países Baixos e Luxemburgo.

- (iv) O devedor (pessoa física) manteve, no que diz respeito aos interesses substanciais de um grande número de empresas estabelecidas no Estado do foro, a administração desses interesses comerciais no Estado do foro (Países Baixos);
- (v) O diretor (de uma empresa irlandesa incorporada, sendo uma subsidiária integral de uma empresa do Reino Unido) estava baseado no Reino Unido e era o único responsável pelos negócios da empresa;
- (vi) Algumas obras contratuais restantes (conduzidas por uma empresa constituída na Finlândia) ainda estavam em andamento no Estado do foro (Suécia);
- (vii) A empresa-mãe do grupo (de uma empresa austríaca com sede em Innsbruck) está localizada no Estado do foro (Alemanha);
- (viii) A empresa (registrada no Reino Unido com endereço postal na Espanha) é parceira de uma sociedade limitada sueca (kommanditbolag) (Suécia);
- (ix) Os códigos dos programas de computador da empresa devedora (registrada no Reino Unido, endereço postal no Reino Unido, instalações na Suécia) são armazenados no Estado do foro (Suécia);
- (x) O comitê de estratégia e outras reuniões do conselho são realizadas no estado do foro;
- (xi) As contas bancárias da empresa estão localizadas no estado do foro.⁴⁴

Da lista acima percebe-se que não há um elemento absoluto que, uma vez identificado, aponte inequivocamente ao COMI do devedor. Assim, permanece a pergunta: como determinar o COMI?

⁴⁴ WESSELS, Bob, *op. cit.*, p. 75-76. Tradução livre.

Para responder esse questionamento devemos voltar os olhos ao binômio estabelecido pelo art. 3º, item 1 do Regulamento 848/2015: o centro dos interesses principais é o local em que (i) o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses e (ii) este fato é cognoscível por terceiros.

Segundo Bob Wessels os elementos acima referidos tratam do confronto de dois critérios distintos: (i) contato com credores (atividade negocial), isto é, a abordagem através dos olhos de credores do devedor que deveria determinar o COMI e (ii) o olhar da administração (algumas vezes referida como abordagem da sede ou do controle da empresa matriz).⁴⁵

Seguiremos a análise do tema examinando alguns precedentes sobre como o Tribunal de Justiça europeu tem decidido a fixação do COMI.

2.1. Caso Eurofood julgado pela Corte de Justiça Europeia em 2 de maio de 2006.

O Caso Eurofood foi um dos primeiros casos relativos à determinação do COMI e é frequentemente lembrado nos julgados posteriores do Tribunal de Justiça europeu. Eurofood era uma empresa irlandesa subsidiária integral da empresa italiana Parmalat SpA cujo o objetivo principal era facilitar o financiamento das empresas do grupo Parmalat. A Parmalat SpA sofreu, na Itália, um procedimento de intervenção e, logo após, um credor requereu a liquidação da Eurofood na Irlanda, como explica Bob Wessels:

A Parmalat SpA foi submetida a procedimentos administrativos extraordinários pelo Ministério das Atividades Produtivas da Itália, que nomeou

45 WESSELS, Bob, op. cit., p. 78-79.

o Sr. Bondi como administrador extraordinário da Parmalat. Em 27 de janeiro de 2004, o Bank of America requereu à Alta Corte (Irlanda) um processo de liquidação obrigatória contra a Eurofood e a nomeação de um liquidante provisório. Esse pedido baseava-se na alegação de que a Eurofood estava insolvente. A Alta Corte irlandesa nomeou no mesmo dia o Sr. Farrell como liquidante provisório, com poderes para tomar posse de todos os ativos da empresa, gerir os seus negócios, abrir uma conta bancária em seu nome e nomear advogados em seu nome. Duas semanas depois, em 9 de fevereiro de 2004, o Ministro italiano das Atividades de Produção admitiu a Eurofood ao procedimento de administração extraordinária e nomeou o Sr. Bondi como administrador extraordinário.⁴⁶

Verificou-se um conflito de jurisdições entre o judiciário italiano e o irlandês. A justiça italiana entendeu que o COMI da Eurofood era na Itália. Todavia, o juízo irlandês entendeu que o COMI da Eurofood era na Irlanda, negando-se a reconhecer a decisão do juízo italiano. Esta última decisão foi objeto de recurso e acabou chegando no Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), que decidiu:

Daqui decorre que, para efeitos da identificação do centro dos interesses principais de uma sociedade devedora, a presunção simples prevista pelo legislador comunitário em favor da sede estatutária dessa sociedade só pode ser ilidida se elementos objectivos e determináveis por terceiros permitirem concluir pela existência de uma situação real diferente daquela que a localização da referida sede é suposto reflectir.

46 WESSELS, Bob, *op. cit.*, p. 81. Tradução livre.

Tal pode ser, nomeadamente, o caso de uma sociedade «caixa de correio», que não exerce qualquer actividade no território do Estado-Membro onde está situada a sua sede estatutária.

Ao invés, quando uma sociedade exerce a sua actividade no território do Estado Membro onde se situa a respectiva sede estatutária, o simples facto de as suas decisões económicas serem ou podem ser controladas por uma sociedade mãe noutro Estado Membro não é suficiente para ilidir a presunção prevista pelo regulamento.

Nestas condições, deve responder-se à quarta questão que, quando o devedor seja uma filial cuja sede estatutária e a sede da sua sociedade mãe estão situadas em dois Estados Membros diferentes, a presunção enunciada no artigo 3.º, n.º 1, segunda frase, do regulamento, segundo a qual o centro dos interesses principais dessa filial se situa no Estado Membro da respectiva sede estatutária, só pode ser ilidida se elementos objectivos e determináveis por terceiros permitirem estabelecer a existência de uma situação real diferente daquela que a localização na referida sede estatutária é suposto reflectir. Tal pode ser, nomeadamente, o caso de uma sociedade que não exerça qualquer actividade no território do Estado Membro da sua sede social. Ao invés, quando uma sociedade exerça a sua actividade no território do Estado Membro onde se situa a respectiva sede social, o simples facto de as suas decisões económicas serem ou poderem ser controladas por uma sociedade mãe noutro Estado Membro não é suficiente para ilidir a presunção prevista no regulamento.⁴⁷

47 Tribunal de Justiça da União Europeia. Caso C-341/04 - Eurofood IFSC Ltd. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1618434036811&uri=CELEX%3A62004CJ0341#>». Acesso em: 15 abr. 2021. Parágrafos 34 a 37 do acórdão.

Assim, entendeu o TJUE que se a subsidiária não pratica nenhuma atividade no local onde está registrada, a presunção do COMI pode ser elidida. Por outro lado, se a subsidiária tem atividades no local onde está registrada, o fato dela ser controlada por uma empresa estrangeira não seria capaz de afastar a presunção do COMI.

Outra importante decisão é que um processo principal aberto em qualquer Estado-Membro deve ser reconhecido automaticamente nos demais Estados, sem possibilidade de revisão da decisão pelos demais Estados.⁴⁸ Portanto, não há a possibilidade de dois países integrantes do bloco europeu tomarem decisões contrárias acerca de um COMI de um mesmo devedor, prevenindo possíveis conflitos positivos de jurisdições.

A presunção do COMI pode apenas ser elidida se houver fatores objetivos e estes forem verificáveis por terceiros, de modo a demonstrar que a realidade difere da forma (lugar de registro do devedor). O próprio Tribunal de Justiça fornece exemplos. O primeiro é uma situação simples e ocorre quando o devedor não exerce nenhuma atividade no Estado-Membro em que ele tem a sua sede estatutária, quando apenas há um endereço postal para recebimento de correspondências, por exemplo. A segunda hipótese ocorre quando a empresa desempenha alguma atividade no estado em que tem a sua sede. Nesse último caso, não bastaria que a empresa controladora da devedora, por hipótese, fosse sediada em um país diferente. É preciso que a sua atividade principal ocorra em outro estado (critério objetivo) e este fato seja passível de ser conhecido por terceiros (critério subjetivo).

48 Decidiu a Corte: “o artigo 16º, nº 1, primeiro parágrafo, do Regulamento nº 1346/2000 deve ser interpretado no sentido de que o processo principal de insolvência aberto por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro deve ser reconhecido pelos órgãos jurisdicionais dos outros Estados Membros, sem que estes possam fiscalizar a competência do órgão jurisdicional do Estado de abertura.” (Tribunal de Justiça da União Europeia. Caso C-341/04 – Eurofood IFSC Ltd. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1618434036811&uri=CELEX%3A62004CJ0341#>. Acesso em: 15 abr. 2021).

2.2. Caso Susanne Staubitz-Schreiber julgado pela Corte de Justiça Europeia em 17 de janeiro de 2007.

Este é o caso de uma insolvência de uma pessoa natural requerida em 2001 na Alemanha. Todavia, antes do caso ser aceito na corte alemã, a pessoa se mudou para a Espanha e o tribunal entendeu não ter jurisdição. A autora recorreu entendendo que a questão da jurisdição deveria ser examinada ao tempo do ajuizamento da ação. O TJUE decidiu que que a corte alemã teria jurisdição, não obstante a devedora ter se mudado:

Daí resulta que, no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio deve apreciar a sua competência à luz do artigo 3.º, n.º 1, do regulamento.

Esta disposição, que prevê que os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência, não especifica se o órgão jurisdicional a que inicialmente se recorreu continua a ser competente quando o devedor transfere o centro dos seus interesses principais após a apresentação do requerimento mas antes da decisão de abertura do processo.

No entanto, a transferência de competência do órgão jurisdicional a que inicialmente se recorreu para um órgão jurisdicional de outro Estado-Membro, com esse fundamento, é contrária aos objectivos prosseguidos pelo regulamento.

Com efeito, no quarto considerando do regulamento, o legislador comunitário recorda a sua intenção de evitar quaisquer incentivos que levem as partes a transferir bens ou acções judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição legal mais favorável. Este objectivo não será alcançado se o devedor puder trans-

ferir o centro dos seus interesses principais para outro Estado-Membro entre a apresentação do requerimento e a adoção da decisão de abertura do processo e, desta forma, determinar o órgão jurisdicional competente e o direito aplicável.⁴⁹

A Corte entendeu que a transferência de jurisdição não seria eficiente para o processo de insolvência. Além disso, os credores não teriam levado em consideração o novo domicílio (Espanha) quando fizeram negócios com a devedora. Ao final, concluiu o TJUE:

O artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1346/2000, relativo aos processos de insolvência, deve ser interpretado no sentido de que o órgão jurisdicional do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor *no momento da apresentação por este do requerimento de abertura do processo de insolvência, continua a ser o órgão competente para abrir o referido processo quando o devedor transfere o centro dos seus interesses principais para o território de outro Estado-Membro após a apresentação do requerimento mas antes da abertura do processo.*⁵⁰

Assim, o TJUE levou em conta os “considerandos”⁵¹ do Regulamento e a intenção de proteger a confiança dos credores. A fixação da jurisdição no momento do ajuizamento da ação é princípio antigo, comumente referido como perpetuação da competência ou *perpetuatio jurisdictionis*, na sua terminologia latina.

49 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-1/04 – Susanne Staubitz-Schreiber. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0001>». Acesso em: 15 abr. 2021. Parágrafos 22 a 25 do acórdão.

50 Ibidem. Grifos nossos.

51 Notadamente no quarto considerando, nos termos do parágrafo 25 já transcrito anteriormente.

2.3. Caso Interdil julgado pela Corte de Justiça Europeia em 20 de outubro de 2011.

Este caso envolve uma mudança do COMI. Interdil, empresa italiana, possuía sede em Monopoli, na Itália. No entanto, em 2001 sua sede foi transferida para Londres e foi cancelado o seu registro comercial junto ao Estado italiano e foi realizado novo registro comercial em Londres, como uma sociedade estrangeira.

Em 28 de Outubro de 2003, a Intesa pediu ao tribunal italiano de Bari que abrisse um processo de insolvência (*fallimento*) contra a Interdil. A Interdil, por outro lado, contestou a competência da justiça italiana em virtude da mudança da sua sede para o Reino Unido. A Corte de Bari, todavia, rejeitou o argumento e declarou a insolvência da Interdil.

Interposto recurso à Corte de Cassação italiana, esta declarou a competência dos tribunais italianos. Não obstante, posteriormente, foram submetidas algumas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça europeu, dentre as quais se destacam: (i) se o conceito de “centro dos interesses principais do devedor”, deve ser interpretado à luz do direito comunitário ou do direito nacional, (ii) como se interpretar a presunção instituída para identificar o COMI, (iii) como tratar de uma situação que envolve a mudança do COMI e (iv) como se interpretar o conceito de estabelecimento para instaurar processos secundários de insolvência. Assim, todos esses questionamentos giravam em torno do conceito de centro dos interesses principais.

Em relação à primeira questão, o Tribunal de Justiça esclareceu que o conceito de “centro dos interesses principais” do devedor, referido no artigo 3º, item 1, do regulamento então vigente, deveria ser interpretado à luz do direito da União Europeia, a despeito do direito interno do Estado-Membro. Nesse sentido, esclareceu o Tribunal:

Segundo jurisprudência assente, decorre das exigências tanto de aplicação uniforme do direito da

União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição de direito da União que não contenha nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente ser interpretados de modo autónomo e uniforme em toda a União, interpretação essa que deve ser procurada tendo em conta o contexto da disposição e o objectivo prosseguido pela regulamentação em causa (v., designadamente, acórdão de 29 de Outubro de 2009, NCC Construction Danmark, C-174/08, Colect., p. I-10567, n.º 24 e jurisprudência referida).

No que diz respeito, mais precisamente, ao conceito de “*centro dos interesses principais*” do devedor, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, do regulamento, o Tribunal de Justiça decidiu, no n.º 31 do seu acórdão Eurofood IFSC, já referido, que *se trata de um conceito específico do regulamento e que, por isso, tem um significado autónomo e deve, por conseguinte, ser interpretado de modo uniforme e independente das legislações nacionais*.⁵²

Em relação à determinação do COMI, o Tribunal de Justiça faz referência ao precedente do Caso Eurofood, no qual se fixou que o “centro dos interesses principais” do devedor deve corresponder ao local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses, pelo que é determinável por terceiros. Assim, a intenção do legislador teria sido de privilegiar o local da administração central da sociedade como critério de competência. Essa administração cen-

52 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-396/06 – Interedil Srl, em liquidação. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0396>». Acesso em: 15 abr. 2021. Parágrafos 42 e 43 do acórdão. Grifos nossos.

tral deveria ser determinada por critérios objetivos e também deveria ser verificável por terceiros.⁵³

O Tribunal afirmou ser possível, em tese, superar a presunção de que o COMI se situaria necessariamente na sede do devedor. Isto ocorreria se, por meio de uma “apreciação global de todos os elementos pertinentes”, for possível demonstrar, de forma determinável por terceiros, que o centro efetivo da direção e de controle da referida sociedade, bem como da administração dos seus interesses, se situa em outro Estado Membro:

Neste contexto, a localização, num Estado-Membro diferente do da sede estatutária, de bens imobiliários pertencentes à sociedade devedora, em relação aos quais esta celebrou contratos de arrendamento, bem como a existência, nesse mesmo Estado-Membro, de um contrato celebrado com uma instituição financeira, circunstâncias que foram evocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, podem ser considerados elementos objetivos e, atendendo à publicidade de que estes possam ser objecto, elementos determináveis por terceiros. Não deixa de ser verdade que a presença de activos sociais como a existência de contratos relativos à sua exploração financeira num Estado-Membro diferente do da sede estatutária dessa sociedade não podem ser considerados elementos suficientes para ilidir a presunção estabelecida pelo legislador da União, a não ser que uma *apreciação global de todos os elementos pertinentes* permita demonstrar, de forma determinável por terceiros, que o centro efectivo da

53 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-396/06 – Interedil Srl, em liquidação. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0396>». Acesso em: 15 abr. 2021. Parágrafos 47/49 do acórdão.

direcção e de controlo da referida sociedade, bem como da administração dos seus interesses, se situa nesse outro Estado-Membro.⁵⁴

Mas, o principal ponto de destaque do Caso Inderdil é a questão da “data pertinente para localizar o centro dos interesses principais do devedor”. O Regulamento 1346 de 2000 não continha regra expressa, embora o Tribunal tenha entendido que deveria se considerar o último local onde se encontra esse centro no momento da abertura do processo de insolvência. De acordo com o Tribunal:

Esta interpretação é corroborada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, este decidiu que, na hipótese de transferência do centro dos interesses principais do devedor, após a apresentação de um pedido de abertura de um processo de insolvência, mas antes da abertura do referido processo, os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território estava situado o centro dos interesses principais no momento da introdução do pedido continuam competentes para decidir sobre o mesmo (acórdão de 17 de Janeiro de 2006, Staubitz-Schreiber, C-1/04, Collect., p. I-701, n.º 29). Deve daqui deduzir-se que, em princípio, é a localização do centro dos interesses principais do devedor, na data da apresentação do pedido de abertura de um processo de insolvência, que é pertinente para determinar o órgão jurisdicional competente.⁵⁵

Assim, no caso de transferência da sede estatutária antes da apresentação de um pedido de abertura de um processo de insolvên-

54 *Ibidem*, parágrafos 53 do acórdão. Grifos nossos.

55 *Ibidem*, parágrafos 55 do acórdão.

cia, presume-se, assim, que o COMI se localiza na nova sede estatutária. Essa presunção evidentemente pode ser ilidida, com base nos critérios acima expostos.

Por fim, em relação ao conceito de estabelecimento para se instaurar processos secundários de insolvência, o Tribunal entendeu que é necessário um mínimo de organização e certa estabilidade para configurar um estabelecimento. A simples existência de bens isolados e contas bancárias em um Estado-Membro não configuraria, em princípio, um estabelecimento. De acordo com o Tribunal de Justiça:

Assim, há que responder à segunda parte da terceira questão que o conceito de “estabelecimento”, na acepção do artigo 3.º, n.º 2, do regulamento, deve ser interpretado no sentido de que exige a presença de uma estrutura com um mínimo de organização e uma certa estabilidade, com vista ao exercício de uma actividade económica. A simples presença de bens isolados ou de contas bancárias não corresponde, em princípio, a essa definição.⁵⁶

2.4. Caso Rastelli julgado pela Corte de Justiça Europeia em 15 de dezembro de 2011.

O Caso Rastelli discute a possibilidade de extensão de um processo de insolvência instaurado contra uma sociedade estabelecida em um Estado-Membro em relação a uma sociedade cuja sede estatutária se situa em outro Estado-Membro devido a confusão de patrimônio entre elas.

O pedido submetido ao Tribunal de Justiça europeu foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Rastelli Davide e C. Snc

⁵⁶ Ibidem, parágrafo 64 do acórdão.

a J. Hidoux, agindo na qualidade de liquidante judicial da sociedade Médiasucre international, a respeito da extensão à primeira sociedade do processo de insolvência instaurado em relação à segunda.

Sobre o caso em questão, tramitava perante o judiciário francês um processo de insolvência contra uma empresa que tinha o seu COMI na França. Ocorre que foi requerida a extensão deste processo contra outra empresa sob o fundamento que haveria confusão patrimonial, embora Rastelli não tivesse sede na França. Esta extensão era possível de acordo com os artigos L. 640 1 e seguintes do Código Comercial francês. Os fatos em questão são os seguintes, de acordo com o TJUE:

Por decisão de 7 de maio de 2007, o tribunal de commerce de Marseille (França) decretou a liquidação judicial da Médiasucre, cuja sede estatutária se situava em Marselha, e nomeou J. Hidoux liquidatário judicial.

Na sequência desta decisão, J. Hidoux demandou nesse mesmo tribunal a Rastelli, cuja sede estatutária se situava em Robbio (Itália). Invocando a confusão dos patrimónios das duas sociedades, J. Hidoux requereu que o processo de liquidação instaurado contra a Médiasucre fosse alargado à Rastelli.⁵⁷

Em maio de 2008 o Tribunal do Comércio de Marselha se declarou incompetente, mas esta decisão foi reformada pela Corte de Apelação de *Aix-en-Provence*. Interposto novo recurso à Corte de Cassação francesa, o processo foi suspenso, tendo sido submetidas ao Tribunal de Justiça europeu questões prejudiciais a respeito: (i) da possibilidade de extensão da insolvência a outra sociedade que não tivesse sede estatutária na França e (ii) se o centro dos interesses prin-

57 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-191/10 – Rastelli Davide e C. Snc. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0191#>». Acesso em: 15 abr. 2021. Parágrafos 8 e 9 do acórdão.

cipais da sociedade visada pela extensão pode ser demonstrado pela mera verificação de que existe confusão de patrimônios.

O Tribunal de Justiça primeiramente destacou que o Regulamento 1346 de 2000 não previa uma norma de competência, jurisdicional ou legislativa, que se refira expressamente à extensão da insolvência com fundamento na confusão patrimonial. Ademais, destacou também nem “foi defendido que a Rastelli possuía em França um estabelecimento na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a saber, uma estrutura com um mínimo de organização e uma certa estabilidade, com vista ao exercício de uma actividade económica”.⁵⁸

O Tribunal de Justiça asseverou que compete aos órgãos jurisdicionais do Estado Membro em cujo território foi instaurado o processo de insolvência conhecer de ações que tenham origem diretamente no processo de insolvência inicial e que com ele estejam estreitamente relacionadas, como por exemplo são as ações que discutem a classificação de créditos sujeitos à insolvência. Importava saber se o pedido de extensão fundado na confusão patrimonial também se encaixaria nesta hipótese.

O Governo francês defendeu que sim ao “argumento de que, em direito francês, a extensão de um processo principal de insolvência não dá origem a um novo processo, antes se limitando a integrar no processo já instaurado outro devedor cujo património é inseparável do património do primeiro devedor”.⁵⁹ Por outro lado, se argumentava que tal extensão a um outro devedor, juridicamente distinto do visado nesse processo, produz em relação a este último os mesmos efeitos que a decisão de instaurar um processo de insolvência.

O Tribunal de Justiça entendeu que existe uma competência jurisdicional própria para cada devedor que constitua uma entidade

58 *Ibidem*, parágrafo 18 do acórdão.

59 *Ibidem*, parágrafo 22 do acórdão.

juridicamente distinta, rechaçando a tese defendida pelo Governo francês:

Assim, a possibilidade de um órgão jurisdicional designado competente, em conformidade com esta disposição, relativamente a um devedor de submeter, em aplicação da sua lei nacional, outra entidade jurídica a um processo de insolvência pelo simples facto de existir confusão dos patrimónios, sem procurar saber onde se encontra o centro dos interesses principais dessa entidade, constitui um desvio ao sistema estabelecido pelo regulamento. Daqui resultaria, nomeadamente, um risco de conflitos positivos de competência entre órgãos jurisdicionais de Estados Membros diferentes, conflitos que o regulamento pretendeu precisamente evitar a fim de assegurar uma unidade de tratamento do processo de insolvência na União.

Por conseguinte, há que responder à primeira questão submetida que o regulamento deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional de um Estado Membro que instaurou um processo principal de insolvência contra uma sociedade, uma vez que considerou que o centro dos interesses principais desta está situado no território desse Estado, só pode, em aplicação de uma norma do seu direito nacional, tornar esse processo extensivo a uma segunda sociedade, cuja sede estatutária está situada noutro Estado Membro, se for demonstrado que o centro dos interesses principais desta última se encontra no primeiro Estado Membro.⁶⁰

⁶⁰ Ibidem, parágrafos 28 e 29 do acórdão.

A segunda questão colocada envolvia se a simples constatação de confusão dos patrimônios destas sociedades bastaria para demonstrar que o centro dos interesses principais de Rastelli também se encontraria na França.

O Tribunal reforçou que o centro dos interesses principais tem significado autônomo e deve, por conseguinte, ser interpretado de modo uniforme e independente das legislações nacionais. Além disso, pontuou que a confusão patrimonial não seria fundamento para se concluir que o COMI de Rastelli seria na França:

No que diz respeito à hipótese, referida na segunda questão, de confusão dos patrimônios das duas sociedades, resulta das explicações dadas pelo Governo francês que, para caracterizar esta situação, o juiz nacional se apoia em dois critérios alternativos, relativos, respectivamente, à existência de confusão das contabilidades e à existência de relações financeiras anormais entre as sociedades, como a organização deliberada de transferências de activos sem contrapartida. Como alegaram os Governos francês, neerlandês e austríaco, bem como a Comissão, esses elementos são, regra geral, dificilmente verificáveis por terceiros. Além disso, uma confusão dos patrimônios não implica necessariamente um centro de interesses único. Com efeito, não se pode excluir que essa confusão seja organizada a partir de dois centros de direcção e de controlo situados em dois Estados Membros diferentes.⁶¹

Assim, concluiu o Tribunal de Justiça que a simples constatação de confusão dos patrimônios não basta para demonstrar que o centro dos interesses principais da sociedade visada na referida ação

⁶¹ Ibidem, parágrafos 37 e 38 do acórdão.

se encontra igualmente na França. Portanto, a confusão patrimonial apenas poderia ser base legal para o pedido de extensão da insolvência se esta última sociedade também tivesse o seu COMI na França. Por outro lado, a legislação doméstica francesa não poderia ser utilizada para ampliar a competência internacional da França quando o COMI da segunda sociedade estivesse em outro país.

2.5. Caso Novo Banco julgado pela Corte de Justiça Europeia em 16 de julho de 2020.

Este é o caso de uma insolvência de uma pessoa natural que não exercia uma atividade comercial ou profissional independente. Discutiu-se se seria possível afastar a presunção do local do COMI considerando que (i) o único bem imóvel do devedor estava situado fora do Estado-Membro onde este o devedor tem a sua residência habitual e (ii) os lugares da celebração dos negócios que levaram à insolvência seriam distintos do local da residência do devedor. O caso foi apreciado já sob a égide do novo regulamento de insolvência europeu.

O casal identificado como MH e NI, desde 2016, residiria em Norfolk (Reino Unido), onde exerciam uma atividade econômica. Ocorre que o casal pediu a declaração da sua insolvência junto ao judiciário português, que se declarou internacionalmente incompetente por força do artigo 3º, item 1, quarto parágrafo, do Regulamento 848 de 2015, ao argumento de que o centro dos interesses principais do casal seria o lugar da sua residência habitual, que se situava no Reino Unido. O casal recorreu alegando que o seu único bem imóvel estava em Portugal e também tinham ocorrido em Portugal os negócios que culminaram na sua insolvência:

MH e NI recorreram da sentença proferida em primeira instância para o órgão jurisdicional de reenvio, alegando que essa sentença se baseava numa interpretação errada das regras enunciadas no Regulamento 2015/848. Com efeito, segundo

os recorrentes, o centro dos seus interesses principais não é o lugar da sua residência habitual, no Reino Unido, mas situa-se antes em Portugal, Estado-Membro em que se encontra o único bem imóvel de que são proprietários e onde foram realizados todos os negócios e celebrados todos os contratos que originaram a sua situação de insolvência. Além disso, não há nenhuma conexão entre a sua residência habitual e os factos que levaram à sua insolvência, estes inteiramente ocorridos em Portugal. MH e NI pedem, portanto, que os órgãos jurisdicionais portugueses sejam considerados internacionalmente competentes.⁶²

O Tribunal de Justiça dissertou sobre o conceito de “centro dos interesses principais” de um devedor e ressaltou que este deve ser determinado considerando uma avaliação global do conjunto dos critérios objetivos e cognoscíveis por terceiros, particularmente pelos credores, suscetíveis de determinar o local efetivo em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses. Assim, embora o regulamento estipulasse uma presunção em favor da residência habitual dos indivíduos que não sejam empresários, essa presunção poderia ser, em tese, superada.

Interessante notar que o Considerando nº 30 do Regulamento 848 de 2015 estipula que “no caso de uma pessoa singular que não exerça uma atividade comercial ou profissional independente, essa presunção deverá poder ser ilidida, por exemplo, se a maior parte dos bens do devedor estiver situada fora do Estado-Membro onde este tem a sua residência habitual”.⁶³ Não obstante, o Tribunal de Jus-

62 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-253/19 – Novo Banco. Disponível em: «<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228663&pageIndex=0&doClang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14000496>». Acesso em: 15 abr. 2021. Parágrafo 10 do acórdão.

63 Considerando nº 30 do Regulamento nº 848/2015. Grifos nossos. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>». Acesso em: 15 abr. 2021.

tiça europeu entendeu que este fator não seria capaz, isoladamente, para ilidir a presunção, notadamente porque se tratava de um único imóvel.⁶⁴

O Tribunal de Justiça também, de maneira surpreendente, considerou irrelevante que todos os contratos que culminaram na insolvência terem sido celebrados em Portugal. A esse respeito, afirmou a Corte:

A este respeito, embora a situação de insolvência não seja, enquanto tal, um elemento pertinente para determinar o centro dos interesses principais de uma pessoa singular que não exerça uma atividade comercial ou profissional independente, cabe, não obstante, ao órgão jurisdicional de reenvio tomar em consideração o conjunto dos elementos objetivos e cognoscíveis por terceiros, relacionados com a sua situação patrimonial e económica. Num caso como o que está em causa no processo principal, como foi recordado no n.º 24 do presente acórdão, esta situação encontra-se no local em que os recorrentes no processo principal exercem habitualmente a administração dos seus interesses económicos e em que a maioria dos seus rendimentos é recebida ou despendida, ou no local em que se situa a maior parte dos seus bens.⁶⁵

Com base nesses argumentos o Tribunal de Justiça entendeu que, em relação às pessoas naturais não comerciantes, a presunção para identificação do COMI é o lugar da sua residência habitual, não

64 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-253/19 – Novo Banco. Disponível em: «<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228663&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14000496>». Acesso em: 15 abr. 2021. Parágrafo 28 do acórdão.

65 Ibidem, parágrafo 30 do acórdão.

sendo “ilidida pelo simples facto de o único bem imóvel dessa pessoa estar situado fora do Estado-Membro onde esta tem a sua residência habitual”.⁶⁶

Conclusão.

Após longos debates doutrinários entre o territorialismo e o universalismo, vem prevalecendo uma corrente intermediária para as insolvências transnacionais: o universalismo modificado. No âmbito global, a principal iniciativa para instrumentalizar esse sistema é a Lei Modelo de Insolvência da UNCITRAL. Há, contudo, iniciativas regionais que também tem propósitos bastante similares, como são os regulamentos de insolvência no âmbito da União Europeia.

Após muita crítica por parte da doutrina, o Brasil finalmente resolveu seguir a tendência mundial no campo da insolvência transnacional e incorporou a Lei Modelo de Insolvência da UNCITRAL. Contudo, não basta harmonizar o texto da lei. É necessário harmonizar a aplicação da lei, razão pela qual é importante estudar como os demais países aplicam os conceitos-chave da insolvência transnacional, sendo o mais relevante deles o “centro de interesses principais”.

É o COMI quem definirá se um determinado processo de insolvência deve ser classificado como principal ou secundário. Esta definição é de crucial importância, primeiro porque é a *lex concursus* da insolvência que rege a maior parte dos aspectos falimentares e esta é a lei do foro do processo principal. Segundo porque há uma proeminência do processo principal em relação aos processos auxiliares.

A reforma na lei falimentar brasileira que incorporou a Lei Modelo de Insolvência da UNCITRAL é muito recente, não havendo ainda jurisprudência ou doutrina nacionais significativas a respeito para

⁶⁶ Ibidem, parte dispositiva do acórdão.

auxiliar a aplicação da nova lei. Portanto, é importante pesquisar na jurisprudência estrangeira os critérios para a definição do COMI.

Para fins metodológicos, é importante destacar que se se optou por restringir a pesquisa ao Tribunal de Justiça da União Europeia, pois (i) os regulamentos de insolvência europeus se utilizam basicamente do mesmo critério adotados pelo Brasil para se definir o processo de insolvência principal, (ii) o Tribunal de Justiça da União Europeia já possui rica jurisprudência desenvolvida nos último vinte anos, (iii) o Tribunal de Justiça da União Europeia é a instância uniformizadora da aplicação da legislação comunitária no âmbito da União Europeia e (iv) uma análise da jurisprudência de outros tribunais tornaria o presente artigo muito mais extenso, desvirtuando os propósitos limitados do presente trabalho.

A Lei brasileira, embora não adote exatamente o mesmo critério⁶⁷ para determinar o COMI, este é similar, nos termos do art. 167-I, inciso III da LREF, notadamente em relação à presunção de que o COMI das sociedades empresárias seria no local da sua sede estatutária. Esta presunção, igualmente, comporta prova em contrário.

A jurisprudência do TJUE já é bastante rica sobre critérios para a fixação do COMI, como verificamos ao longo deste estudo artigo. Em quais hipóteses é possível superar a presunção do local do COMI estabelecida na legislação? E se o devedor alterar o seu domicílio um pouco antes do pedido de insolvência ou entre o pedido e o seu recebimento pelo judiciário; essas mudanças podem ser consideradas? É possível estender a insolvência para atingir outros devedores que tenham COMIs em outros países? Quando os bens do devedor se encontram em local distinto da sua sede, podemos afastar a presunção de que o COMI é no local da sede da empresa?

67 Uma diferença digna de nota é que – diferentemente dos regulamentos de insolvência europeus – a LREF não é aplicável às pessoas naturais ou jurídicas que não sejam empresárias (art. 1º da LREF). Por via de consequência, em princípio, não são aplicáveis os dispositivos da insolvência transnacional incluídos na LREF (arts. 167-A a 167-Y). É justamente por esta razão que o art. 167-I, inciso III da LREF não faz menção às pessoas que não são empresárias.

Todas essas questões já foram analisadas pelo TJUE. Evidentemente, o Brasil não está obrigado a adotar as conclusões do TJUE; contudo é importante observar como outros relevantes tribunais vem decidindo a questão. A harmonização do direito brasileiro com a tendência prevalente no mundo não deve estar restrita apenas ao texto da lei, mas também deve considerar como a lei é aplicada em tais países, sob pena de comprometer a própria harmonização da legislação brasileira almejada pela recente reforma na LREF.

O CONCEITO DE ‘AGENTES DE TRATAMENTO’ NA LGPD: UM OLHAR SOBRE SUA INTERPRETAÇÃO INICIAL NO BRASIL¹

THE CONCEPT OF PERSONAL DATA ‘PROCESSING AGENTS’ IN BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION LAW: A GLANCE AT INITIAL INTERPRETATION IN BRAZIL

Leonardo Figueiredo Barbosa

Resumo: O presente artigo examina o conceito de agentes de tratamento de dados pessoais trazido pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei 13.709/2018). Considerando algumas interpretações que têm sido dadas na definição de controladores e operadores – mormente no setor público, mas que podem vir a ser incorporadas pela iniciativa privada – é fundamental problematizar tais interpretações diante de uma visão mais sistemática da LGPD, bem como cotejar essas novas figuras jurídicas em nosso ordenamento com as definições oriundas do contexto europeu que as inspirou.

Palavras-chaves: Dados pessoais. Agentes de tratamento. Controlador. Operador. LGPD.

Abstract: This article examines the concept of personal data processing agents brought by the Brazilian General Personal Data Protection Law (LGPD - Law 13.709/2018). Considering some interpretations about definition of controllers and processors that have been given by public sector entities in Brazil, it is important to problematize such interpretations in the context of a more systematic view of LGPD, as well as to compare these new legal figures in Brazilian order with the definitions coming from the European context.

¹ Artigo recebido em 26.07.2021 e aceito em 16.08.2021.

Keywords: Personal data. Personal data processing agents. Controller. Processor. Brazilian General Data Protection Law (LGPD).

Sumário: Introdução. 1. O conceito de ‘agentes de tratamento’ na LGPD. 2. Interpretação inicial dos conceitos no Brasil. 3. Controlador e operador no contexto da União Europeia. 3.1. Controller. 3.2. Processor. 3.3. O caso da divulgação de conceito pelo professor austríaco. 4. Uma análise sistemática acerca dos agentes de tratamento na LGPD. 4.1. Controlador. 4.2. Operador. 5. Boas Práticas e Padrões. 5.1. Controles de privacidade específicos para controladores (ISO 27701). 5.2. Controles de privacidade específicos para operadores (ISO 27701). 6. As recentes manifestações da ANPD. Considerações finais.

Introdução.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei 13.709/18), apesar de não ter inaugurado a preocupação com o tema da proteção de dados pessoais na legislação brasileira² como, inadequadamente, tem sido propagado por alguns, trouxe realmente diversas inovações significativas para a matéria. Dentre elas, a especificação de novas figuras jurídicas, como a de *agentes de tratamento* de

2 Apenas exemplificativamente, (e para não repetir os já combatidos exemplos acerca das previsões pontuais no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet) a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) já trazia, há quase 10 anos, diversas previsões acerca do tratamento de informações pessoais: conceituação de ‘informação pessoal’ e de ‘tratamento’ de forma similar à LGPD; preocupação com a segurança da informação pessoal e restrição de acesso; responsabilização por uso indevido, tanto institucional como das pessoas naturais envolvidas; dentre outras.

dados pessoais, gênero do qual são espécies os *controladores* e os *operadores*.

O objetivo desse artigo é analisar a adequada conceituação jurídica desses personagens, o que será feito a partir da análise não só da LGPD e de documentos recentemente divulgados pelo Governo Federal,³ mas também pelo seu cotejamento em relação aos documentos europeus que tratam do tema, considerando ser essa nossa maior fonte de inspiração na área de proteção de dados.

O tema é relevante em função de sua atualidade e do impacto, seja econômico ou cultural, que já está ocasionando tanto no setor público como na iniciativa privada. Isto porque diversos deveres e responsabilidades são direcionados, pela LGPD, aos agentes de tratamento e tanto a concretização dos direitos dos titulares quanto a própria construção de uma cultura de proteção de dados pessoais em nosso país dependem, em grande medida, da correta compreensão desses conceitos. Todavia, a lei deixa em aberto muitos aspectos, fazendo com que diversos pontos dependam de interpretação e esclarecimentos que ainda estão sendo construídos, ao menos do ponto de vista administrativo ou judicial.

Isso tudo foi agravado pelo contexto específico relacionado ao processo de entrada em vigor da LGPD, considerando que não obstante aprovada e publicada desde 14 de agosto de 2018, sua completa vigência foi adiada algumas vezes. Com isso, a efetiva atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que poderia/deveria ter sido criada há cerca de dois anos, também foi postergada. Somente nos últimos dias a autoridade começou a minimizar as divergências na interpretação da lei, concretizando algumas de suas

3 Desde setembro de 2020 o Governo Federal criou uma página denominada “Guias Operacionais para adequação à LGPD” na qual vem, sistematicamente, publicando orientações para a implementação da LGPD na esfera do Poder Executivo Federal. Mais recentemente – em maio de 2021 – após a finalização da primeira versão deste artigo, a própria ANPD publicou o “Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado”, confirmando a visão defendida no presente trabalho.

atribuições legais, quais sejam a promoção do conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados; a elaboração de estudos sobre as práticas nacionais e internacionais relacionadas ao tema; bem como a interpretação da lei em caráter terminativo na esfera administrativa (art. 55-J, VI, VII e XX).

Mas, antes da divulgação de tais esclarecimentos – durante a ausência efetiva de uma autoridade administrativa capaz de esclarecer certas dúvidas – tanto o setor público quanto a iniciativa privada vinham buscando cumprir as determinações do novo texto normativo da forma como entendem mais adequada. Porém, todo o cenário exposto acima causou uma cacofonia interpretativa sobre a lei, sendo que, umas das mais expressivas, foi aquela relativa à conceituação dos agentes de tratamento.

1. O conceito de ‘agentes de tratamento’ na LGPD.

Como já indicado acima, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais cria o conceito de agentes de tratamento, definindo-o como “o controlador e o operador” (art.5º, IX) e, quanto a estes últimos, especifica:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:[...]

VI - *controlador*: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - *operador*: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; (grifo nosso)

No que concerne a definição e esclarecimentos sobre os conceitos, é tão somente isso que dispõe o texto legal. Importante enfatizar que, apesar da lei brasileira se inspirar claramente na tradição

normativa europeia sobre proteção de dados,⁴ não se adotou no Brasil a mesma metodologia da atual regra europeia – o GDPR – que, além dos artigos, parágrafos e incisos comuns às normas legais, também incorporou 173 notas explicativas (*recitals* ou considerandos) sobre os principais pontos da lei, buscando esclarecer, aprofundar e orientar sua adequada compreensão e aplicação. Obviamente, isso se justifica pela história europeia, em que alguns países debatem o tema da proteção de dados pessoais há, pelo menos, 50 anos, sendo certo que o Brasil não compartilha dessa tradição.

2. A interpretação inicial dos conceitos no Brasil.

Diante da efetiva entrada em vigor da LGPD (com exceção da seção das sanções administrativas, adiada para agosto de 2021), as instituições iniciaram um movimento mais robusto de adequação ao texto normativo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por exemplo, atento ao papel que o judiciário exercerá no tema de proteção de dados, editou alguns documentos dentre os quais a Recomendação 73/2020⁵ indicando aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro que adotem medidas destinadas a instituir um padrão nacional de proteção de dados pessoais existentes nas suas bases, dentre as quais:

Art. 1º [...]

II – disponibilizar, nos sítios eletrônicos, de forma ostensiva e de fácil acesso aos usuários:

a) informações básicas sobre a aplicação da Lei

4 O *General Data Protection Regulation (GDPR)* ou *Regulation (EU) 2016/679* é a principal norma a regulamentar o tema na União Europeia (além de Irlanda, Noruega e Liechtenstein). Aprovada em 27 de abril de 2016, entrou em vigor em 25 de maio de 2018, substituindo a *Directive 95/46/EC* que regulamentava o tema desde 1995. Disponível em: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>». Acesso em: 08 dez. 2020.

5 Disponível em: «<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432>». Acesso em: 08 dez. 2020.

Geral de Proteção de Dados aos tribunais, incluindo os requisitos para o tratamento legítimo de dados, as *obrigações dos controladores* e os direitos dos titulares; (grifo nosso)

Os órgãos de Poder Judiciário começaram a criar documentos internos especificando quem seriam os controladores (e os operadores), no que foram acompanhados por diversas instituições públicas. Não obstante seja importante reconhecer esforço dessas instituições na busca pela adequação à lei e na promoção de uma cultura de privacidade e proteção dos dados pessoais, entende-se necessário problematizar algumas colocações que (embora sejam compreensíveis diante da inovação da matéria, da ausência de definições normativas mais aprofundadas e da falta de orientações pela ANPD até aquele momento), podem direcionar a compreensão de toda nossa sociedade, dificultando a apropriada operacionalização da lei.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), por exemplo, criou a ‘Política de Privacidade dos Dados das Pessoas Físicas’ (PPD),⁶ que “estabelece princípios e normas que devem nortear o tratamento de dados pessoais, físicos e digitais, no Tribunal, a fim de garantir a proteção da privacidade de seus titulares, bem como define papéis e diretrizes iniciais para obtenção da gradual conformidade” do Tribunal à LGPD. O documento estabelece que *controlador* é “pessoa jurídica *de direito público* a quem compete definir todas as ações relativas ao tratamento dos dados pessoais” (art. 3º, XVIII) e que *operador* é “pessoa *física* que realiza o tratamento em nome do controlador, em todas as instâncias da instituição ou no âmbito de contratos ou instrumentos congêneres firmados com ele”, mas, paradoxalmente, afirma que

Art. 5º No Tribunal, o *Controlador* e os *Operadores* são *respectivamente* o *Presidente do Tribunal*,

6 Resolução 9/2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/resolucao-9-2020-1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

assessorado pelo Comitê Gestor de Segurança da Informação e Proteção de Dados Pessoais - CGSI, e os *servidores e colaboradores* que exerçam atividade de tratamento de dados pessoais na instituição *ou terceiros*, em contratos e instrumentos congêneres firmados com o Tribunal. (grifo nosso)

Além disso, cria a figura de *controlador conjunto*, a ser exercida pelos Vice-Presidentes e pelo Corregedor da Justiça (art. 5º, § 1º).

Sem adentrar aspectos específicos da LGPD, pode-se apontar o problema em afirmar que controlador é “pessoa jurídica de direito *público*”, mas será o presidente do tribunal. Além disso, também se indica que operador é “pessoa *física*”, mas pode ser terceiro com quem o tribunal estabeleça contratos ou congêneres o que, na maior parte dos casos, ocorrerá por meio de pessoa jurídica.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul também é um exemplo interessante dessas primeiras tentativas de adequação a lei. Por meio do Provimento 68/2020 PGJ,⁷ traz definições de *controlador* e operador muito similares as do TJDFR.⁸ Todavia, é interessante observar que, diferentemente do que foi estabelecido pelo tribunal, o artigo 5º desse documento estipula que o “Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul é o *controlador* dos dados pessoais a sua disposição e a ele compete decidir sobre o tratamento destes dados”.

Ou seja, enquanto na primeira situação há indicação da pessoa física que ocupa o cargo de presidente da organização como controlador, na segunda é a própria instituição – como ente responsável

7 Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/14204/>. Acesso em: 20 set. 2020.

8 O documento do MP-RS é anterior ao do TJDFR. O artigo 2º, VII indica que controlador é “pessoa jurídica de direito *público* a quem competem as decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais” e o inciso VII define operador como “pessoa *natural* que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

para tomar as decisões sobre o tratamento – que é apontada como agente de tratamento. É bem verdade que a LGPD permite que tanto pessoas físicas como jurídicas sejam agentes de tratamento, mas veremos nas seções seguintes os problemas que podem advir da divergência acima aventada.

Já no que concerne aos *operadores*, o provimento do MP-RS indica “os membros, servidores e estagiários da Instituição” (art. 6º).

Os exemplos do TJDFT e do MP-RS, desconsideradas as inconsistências internas já indicadas, não contrariam o texto expresso do artigo 5º da LGPD que conceitua os agentes de tratamento. Entretanto, não estão de acordo com o entendimento consolidado na tradição europeia que nos inspirou, motivo pelo qual foram alvo de críticas no meio especializado.⁹

3. Controlador (*controller*) e operador (*processor*) no contexto da União Europeia.

A compreensão dos conceitos de “controlador” e “operador” é fundamental para a adequada concretização da LGPD. Todavia, podem existir divergências já que a lei fornece apenas conceitos demasiadamente amplos e a ANPD ainda não se posicionou.

9 Tal debate gerou questionamento expressivo, mormente nas mídias especializadas. Apenas exemplificativamente, o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio) dedicou um de seus encontros da série ‘Varandas ITS’ (atividades periódicas organizadas para promover conversas informais sobre temas relevantes ligados à tecnologia, política, cultura, sociedade e democracia) para debater sobre “LGPD no setor público: a controvérsia de servidores-operadores”. O evento contou com a participação de Danilo Doneda, Marcos Lindemeyer (CGU - da equipe de elaboração do Guia de Boas Práticas: Lei Geral de Proteção de Dados), Nathalie Lanaret (*Centre for Information Policy Leadership/ CIPL* – especialista da União Europeia e redatora dos comentários para as Diretrizes sobre os Conceitos de Controlador e Operador do EDPB) e Newton Moraes (MP-RS – da equipe de redação do ato supracitado). Disponível em: <https://itsrio.org/pt/varandas/lgpd-no-setor-publico-a-controversia-de-servidores-operadores/>. Acesso em: 30 out. 2020.

Diante de tais dissensos e considerando ser inegável que a legislação europeia é a maior inspiração da LGPD (ainda que existam diferenças relevantes)¹⁰ pode ser importante compreender como o GDPR (enquanto norma que, atualmente, consolida boa parte da tradição de proteção de dados pessoais daquela cultura) interpreta tais conceitos. Além disso, existem outros documentos relevantes que podem colaborar para essa compreensão, conforme será apresentado adiante.

Iniciando pelos dispositivos do GDPR, percebe-se que os conceitos de *controller* (controlador) e *processor* (operador) são muito similares aos adotados pela LGPD, ainda que com sutis diferenças, conforme indicados no *article 4*:

(7) ‘*controller*’ means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, *determinesthe purposes and means* of the processing of personal data; where the purposes and means of such processing are determined by Union or Member State law, the controller or the specific criteria for its nomination may be provided for by Union or Member State law;

(8) ‘*processor*’ means a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data *on behalf of* the controller; (grifo nosso)

Fazendo uma analogia entre LGPD e GDPR, os documentos do TJDF e do MP-RS parecem – com base apenas na leitura do texto do artigo 4º – não contrariar suas disposições. Porém, além desses

10 Para uma análise comparativa entre GDPR e LGPD ver, entre outros, PARENTONI, Leonardo; LIMA, Henrique. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomias internas e aspectos internacionais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LIMA, Cíntia; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 483-511.

conceitos, é importante analisar orientações e documentos divulgados pelos organismos e autoridades europeus relacionados ao tema da proteção de dados.

Um dos mais recentes é a *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*,¹¹ de 02 de setembro deste ano, produzido pelo Comitê Europeu para a Proteção de Dados.¹² O documento dedica quase 50 páginas para esclarecer, problematizar e dar exemplos práticos, acerca dos conceitos de controlador e operador, das consequências dessa atribuição de papéis e da responsabilização decorrente dessas relações.

Nesse documento, o EDPB, preliminarmente, enfatiza a necessidade de compreender que se trata de conceitos autônomos e funcionais. São *autônomos* porque devem ser interpretados considerando primordialmente a legislação de proteção de dados europeia e não com base em influências advindas de outras áreas do direito. São *funcionais* porque têm como objetivo “distribuir responsabilidades de acordo com os papéis reais” que as partes têm nas atividades de tratamento. Isto significa que, baseado no princípio da *accoun-*

11 Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso em: 20 out. 2020. Importante destacar que esse não é o primeiro documento de organizações da União Europeia visando esclarecer tais conceitos. Em 2010, ainda sob vigência da *Directive 95/46/EC*, o *Article 29 Working Party* (grupo de trabalho europeu independente, também conhecido por WP29, criado por determinação do artigo 29 daquela diretiva) publicou o *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* no qual diversas orientações, indicadas agora, já estavam presentes. Portanto, a relevância dessa distribuição e diferenciação de papéis e responsabilidades no contexto da proteção de dados da UE não surgem com a GDPR, mas sim com a diretiva de 1995. Todavia, diante da promulgação do regulamento europeu e de algumas inovações trazidas pela norma, entendeu-se necessário revisitar as orientações e prover mais esclarecimentos.

12 O *European Data Protection Board (EDPB)* organismo europeu independente – composto pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e por representantes das respectivas autoridades nacionais para a proteção de dados – que promove a cooperação entre tais autoridades e contribui para interpretação e a aplicação coerente de regras sobre proteção de dados na União Europeia.

tability, esses conceitos identificam papéis que caracterizam *quem é responsável* pelo cumprimento de diferentes regras de proteção de dados pessoais, além do modo como os titulares dos dados podem exercer os seus direitos na prática, isto é, seu objetivo é justamente o de buscar garantir uma proteção abrangente para os dados pessoais por meio da responsabilização adequada dos agentes de tratamento.¹³ Portanto, a distinção entre controlador e operador, acarreta consequências expressivas, desde a obrigatoriedade de adoção de medidas aptas a promover essa proteção de forma contextualizada aos riscos de cada tratamento, passando pela demonstração da efetividade de tais medidas e, conseqüentemente, chegando ao dever de compensar os titulares por eventuais danos advindos do tratamento inadequado.¹⁴

3.1. Controller.

No que concerne ao *controller* (controlador), o documento afirma que a definição é composta por cinco elementos: (i) pessoa natural ou jurídica, autoridade pública, agência ou outro organismo; (ii) que determina; (iii) individualmente ou em conjunto com outros; (iv) as finalidades e os meios; (v) do tratamento de dados pessoais.¹⁵

- (i) Sobre o tipo de entidade que pode ser caracterizada como controlador, o documento é incisivo ao esclarecer que embora não exista, a princípio, limitação sobre quem pode ocupar esse papel, em regra é a organização que é classificada como controlador, e não um indivíduo que a integra.

13 EDPB, op. cit., p. 7-9.

14 No mesmo sentido, MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2018. v. 120, p. 469-483.

15 EDPB, op. cit., p. 9-16.

Isso está intrinsecamente relacionado com o próximo elemento do conceito.

- (ii) Determinar' significa exercer o poder de decisão, sendo o controlador quem determina elementos essenciais do tratamento. Essa ideia pode, nesse caso, ser traduzida nas seguintes perguntas: “Por que um tratamento específico está ocorrendo?” e “Quem decidiu que o tratamento deve ocorrer para um propósito específico?”

Este controle sobre o tratamento de dados pessoais pode decorrer de previsões legais ou da influência decisória factual sobre o tratamento. Na primeira hipótese, é comum que diferentes normas estabeleçam tarefas ou deveres que só podem ser efetivamente concretizados a partir do tratamento de dados pessoais. É exatamente o caso de órgãos ou instituições públicas que, para concretizarem suas atribuições, precisam analisar, usar, armazenar ou de qualquer outra forma tratar os dados de seus cidadãos. Sendo assim, conforme afirma o EDPB, “essas entidades normalmente seriam consideradas como controladores no que diz respeito ao processamento necessário para o cumprimento dessa obrigação”. Quanto à segunda hipótese, na ausência de determinações legais claras, a identificação do controlador precisa ser estabelecida com base na avaliação das circunstâncias factuais de cada tratamento, visando apurar quem realmente exerce influência decisiva sobre as finalidades e os meios para atingi-las. Tal poder decisório específico pode derivar de diversas circunstâncias: porque decorre das diligências típicas de uma atividade ou modelo de negócios, porque existe previsão contratual (obviamente, em consonância com a realidade dos fatos) ou, simplesmente, porque o contexto factual específico indica quem exerce o efetivo controle.¹⁶

16 Ibidem, p. 9-11. O documento traz alguns exemplos interessantes desse controle decorrente

(iii) ‘Individualmente ou em conjunto com outros’ indica que o exercício do poder de decisão acerca do tratamento de dados pessoais pode ser efetivado por uma única instituição ou por diferentes entidades. Neste último caso significa que essas diferentes instituições agem, simultaneamente, como controladoras no que concerne aquele tratamento específico.

Essa possibilidade é prevista expressamente no artigo 4 (7) do GDPR, já indicado acima, no trecho que afirma “‘*controller*’ means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, *alone or jointly with others*, determines the purposes and means of the processing of personal data [...]”.

Portanto, uma entidade ou organização pode ser caracterizada como controladora, mesmo que não tome todas as decisões quanto aos propósitos e meios relacionados ao tratamento de dados pessoais.¹⁷

(iv) As *finalidades* e os *meios* representam, respectivamente, o propósito ou objetivo que se pretende alcançar com o tratamento dos dados pessoais (o “por quê?” do tratamento) e o modo ou maneira por meio da qual se pretende atingir aquele objetivo (o “como?” do tratamento), sendo certo que o controlador deve decidir tanto as finalidades como os meios.

Obviamente, isso não significa que não exista alguma mar-

de influência factual: o empregador em relação ao tratamento de dados pessoais de seus funcionários; o editor que trata dados de seus assinantes; a associação que lida com dados de seus membros ou apoiadores; bem como escritórios de advocacia em relação aos dados, inclusive de terceiros, repassados por seus clientes para que possam atuar em processos administrativos, judiciais ou de arbitragem.

¹⁷ Ibidem, p. 12-13.

gem de manobra para que os operadores tomem certas decisões sobre *como* realizar o tratamento. Em função disso, é importante diferenciar os meios *essenciais* dos *não essenciais*. Aqueles estão intimamente ligados à finalidade e ao escopo do tratamento, portanto, inerentemente reservados ao controlador (a escolha das categorias de titulares e dos dados específicos a serem tratados, a duração do tratamento e a definição sobre quem pode ter acesso são exemplos de meios essenciais). Já os “meios não essenciais” se relacionam a aspectos mais práticos de implementação (definição sobre um tipo particular de *hardware* ou *software* ou os detalhes acerca das medidas de segurança) podendo ser definidos pelos operadores. Todavia, o controlador deve, mesmo em relação aos meios não essenciais, estipular algumas orientações, ainda que gerais (como, por exemplo, definir que as medidas de segurança estejam de acordo com determinada *guideline*) até mesmo porque o controlador continua, em qualquer situação, responsável pela implementação das medidas técnicas e organizacionais apropriadas, bem como pela demonstração de que os tratamentos seguiram as determinações legais, sendo aconselhável que estipule tais especificações em contrato, de modo a tentar demonstrar a busca de conformidade das operações.¹⁸

- (v) As finalidades e meios que são determinadas pelo(s) controlador(es) devem, evidentemente, relacionar-se com ‘o tratamento de dados pessoais’ caracterizado qualquer operação ou conjunto de operações – realizadas ou não por meio automatizado – efetuadas com dados pessoais ou

18 Ibidem, p. 13-14. Portanto, enfatize-se, as decisões sobre os objetivos ou finalidades são sempre dos controladores.

conjuntos de dados pessoais. Aqui é relevante enfatizar que a definição do *controlador* (como a de *operador*) pode se relacionar à totalidade dos processamentos de dados feitos por uma entidade, bem como a operações específicas ou, até mesmo, a um estágio específico do tratamento.¹⁹

Também é relevante ressaltar que, para a caracterização como controlador, não é necessário que o agente de tratamento tenha acesso aos dados pessoais que estão sendo processados. É o exemplo de uma entidade que terceiriza o tratamento de dados pessoais: mesmo que na prática não efetue o acesso real aos dados, o que deve ser considerado é a real capacidade de exercer poder decisório acerca das finalidades e meios (essenciais) do tratamento.²⁰

Após essas explicações, pode-se retornar aos exemplos do MP-RS e do TJDFT para uma análise crítica: será adequado imaginar que os dados pessoais que são coletados por um Tribunal de Justiça, bem como os tratamentos subsequentes decorrem da decisão de seu Presidente (ou dos Vice-Presidentes ou do Corregedor da Justiça)? É ele que determina tanto as *finalidades* como os *meios* para alcançar os objetivos de todos os tratamentos de dados pessoais realizados no tribunal? Ou a escolha do Ministério Público de indicar a própria instituição como controlador parece mais adequada às orientações do EDPB?

A *guideline* parece indicar uma resposta correlata:

Algumas vezes, empresas e órgãos públicos nomeiam uma *pessoa específica* como responsável pela implementação das operações de tratamento. Mesmo se uma pessoa física específica for no-

19 Ibidem, p. 15-16.

20 Ibidem, p. 16.

meada para garantir o *compliance* em relação às regras de proteção de dados, esta pessoa *não será o controlador*, mas *agirá representando a pessoa jurídica* (empresa ou órgão público) que *será o responsável final em caso de violação das regras* em sua capacidade de *controlador*.²¹ (grifo e tradução livre nossa)

Portanto, ao menos na visão europeia, a figura do controlador não se confunde com a da pessoa física que age em nome do órgão, sendo a própria entidade que responderá em eventuais casos de violação das regras de proteção de dados pessoais. Isso porque, frise-se, o objetivo central da definição da figura jurídica de controlador está relacionado com a responsabilização e prestação de contas que busca, primeiramente, garantir o pleno efeito da legislação de proteção de dados, fomentando uma proteção efetiva e abrangente e evitando ou, pelo menos, minimizando, os danos que podem advir do tratamento e, posteriormente, assegurar a responsabilidade pelo ressarcimento desses danos. Portanto, a identificação da figura do controlador (assim como a do operador, como se verá a seguir) independe de indicação, nomeação ou previsão contratual, mas, antes, pressupõe a análise efetiva das circunstâncias que envolvem as atividades de tratamentos de dados pessoais.

3.2. Processor.

No que concerne ao *processor* (operador), conforme já citado no início da seção 3, a leitura do artigo 4(8) do GDPR parece não limitar o tipo de entidade passível de exercer tal papel. Apesar disso, as orientações do EDPB afirmam que há duas condições essenciais

²¹ Ibidem, p. 11.

para sua identificação: (i) que seja uma *entidade separada* do controlador e (ii) que realize o tratamento dos dados pessoais “em nome do controlador” (*on the controller’s behalf*).²²

“Entidade separada” significa que o controlador decide delegar atividades de tratamento de dados pessoais, no todo ou em parte, para um ente externo que, portanto, não se confunde com ele. Já o termo “em nome do controlador” indica que aquela entidade externa realiza o tratamento para o benefício do controlador, implementando as orientações por ele dadas, porém sem que isso ocorra de uma forma subordinada ao controle direto do controlador.

Tais afirmações parecem encontrar respaldo em uma leitura mais atenta e de interpretação sistemática do GDPR, em função de um conceito previsto no artigo 4 (10) e que não foi incorporado formalmente pela lei brasileira, qual seja, o conceito de *terceiro*:

(10) ‘third party’ means a natural or legal person, public authority, agency or body other than the *data subject, controller, processor* and persons who, under the direct authority of the controller or processor, are authorised to process personal data; (grifo nosso)

Conforme se pode perceber, além de diferenciar os conceitos de ‘terceiro’, ‘titular’, ‘controlador’ e ‘operador’, o dispositivo também enfatiza (e esse é o destaque) que não se pode confundir o conceito de operador (*processor*) com as pessoas que, *sob a autoridade direta*

22 Ibidem, p. 24. Tais argumentos, em alguma medida, já estavam indicados na *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* do WP29. Ver ZANATTA, Rafael A. F. Agentes de tratamento de dados, atribuições e diálogo com o Código de Defesa do Consumidor. In: SOUZA, Carlos Affonso et al. (Coord.). *Caderno Especial: Lei Geral de Proteção de Dados (PGPD)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 183-198.

do controlador ou do operador, estão autorizadas a tratar dados pessoais.²³

Sendo assim, seja em função das orientações do EDPB ou a partir do próprio texto do regulamento europeu, há distinção entre aqueles que tratam dados pessoais “em nome do controlador” (os operadores), e aqueles que estão autorizados a tratar tais dados “sob a autoridade direta” seja do controlador seja do operador.

Se o controlador decidir tratar os dados por conta própria, *usando seus próprios recursos dentro de sua organização*, por exemplo, por meio de *sua própria equipe*, isso não caracteriza o papel de operador. Funcionários e outras pessoas que estão agindo sob a *autoridade direta do controlador* [...] não devem ser vistos como operadores, uma vez que irão tratar dados pessoais enquanto parte da instituição controladora.²⁴ (grifo e tradução livre nossa)

Conclui-se que, ao menos no contexto da União Europeia, não se pode tratar empregados, estagiários, demais colaboradores ou quaisquer integrantes de uma organização (seja ela pública ou privada) que atuem em uma relação de subordinação, como se fossem ‘operadores’ no sentido dado pelo GDPR.

23 Diferenciação similar ocorre em normas de boa prática que tratam sobre o tema. É o caso da ABNT NBR ISO/IEC 29100 aprovada em março de 2020 (que pretende ser uma tradução idêntica da ISO/IEC 29100:2011). O item 2.25 define “terceiro” como “parte interessada na privacidade que não o titular de dados pessoais (DP), o controlador de DP e o operador de DP, e as pessoas naturais que são autorizadas a tratar os dados sob direta autoridade do controlador de DP ou do operador de DP”.

24 EDPB, op. cit., p. 24.

3.3. O caso da divulgação de conceito pelo professor austríaco.²⁵

Um recente exemplo, que ilustra as explicações apresentadas acima, refere-se a uma reclamação de uma estudante contra professor que disponibilizou as ‘notas’ de suas avaliações para terceiros – prática que também não é incomum no Brasil.

O docente havia conversado com estudantes e representantes de turma sobre os conceitos avaliativos, bem como demais informações que detalhavam como esses teriam sido estipulados. Tendo em vista que a discente indicada estava ausente no dia em que isso ocorreu presencialmente, os representantes, por sua vez, fizeram a divulgação dos resultados da avaliação por intermédio de um grupo de WhatsApp dos estudantes, de forma que todos os integrantes do grupo puderam ter acesso aos conceitos que ela obteve.

Diante disso, a aluna fez uma reclamação junto a autoridade nacional de proteção de dados austríaca, especificamente contra o professor, sob alegação de que o procedimento iniciado por ele violaria seu direito a confidencialidade, pois os graus seriam dados pessoais e, portanto, seu tratamento deveria respeitar as previsões tanto do GDPR quanto do *Austrian Data Protection Act*.²⁶

O relevante para o tema específico desse artigo é que, após a autoridade de proteção de dados ter concordado com o pedido da estudante, o docente recorreu da decisão por meio de apelação a *Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht - BVwG)*. Dentre as principais alegações, o professor afirmava que ele não deveria ser considerado controlador (*controller*) e, portanto, não pode-

25 Disponível em: «https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvwg/BVWGT_20200930_W274_2225135_1_00/BVWGT_20200930_W274_2225135_1_00.html». Acesso em: 21 out. 2020.

26 Lei austríaca que contém disposições complementares ao GDPR. Disponível em: «<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000159>». Acesso em: 21 out. 2020.

ria ser responsabilizado pela situação nos termos do GDPR, pois apenas estaria cumprindo suas obrigações como docente nos termos das leis e demais regulamentos educacionais.

Nesse sentido, a corte entendeu que a análise do caso depende da compreensão sobre quem pode ser responsabilizado, no que concerne à proteção de dados, considerando as normas educacionais específicas que regulam as atividades educacionais e avaliativas no país. Conforme tal legislação, apesar do docente ter certa margem de autonomia na realização de suas funções, ele as realiza sob a supervisão direta da organização. Apenas exemplificativamente, a legislação austríaca determina que cabe ao diretor da escola – em nome da instituição educacional – a verificação de cumprimento das leis federais, regulamentos ou de quaisquer instruções das autoridades educacionais, salvo se houver indicação normativa de outra entidade ou autoridade competente. O diretor também é o superior direto de todos os professores que trabalham na escola.²⁷

Com base nesse e em outros argumentos, a corte afirmou que o conceito do *controlador* está relacionado a pessoas ou organizações que podem influenciar significativamente o cumprimento das normas de proteção de dados e que as responsabilidades devem ser delegadas àqueles que efetivamente têm o poder de decisão.

Nesse sentido, ainda que se compreenda que a função de docente tem alguma margem de autonomia, o professor desempenha todas as tarefas na escola e sob a supervisão do diretor. Além disso, definir medidas e procedimentos para assegurar que o tratamento de dados pessoais esteja de acordo com normas legais e regulamentares (como são processados os dados, a quem são transmitidos, onde são

27 Não faz parte do escopo deste trabalho fazer uma análise dos pontos específicos da legislação educacional austríaca, mas tão somente apresentar a decisão, no mesmo sentido das orientações supracitadas da EDPB, que distingue a figura do *controller* ou do *processor* daqueles que atuam dentro dessas organizações, de forma subordinada, ainda que exista alguma margem de autonomia em sua esfera de atuação.

armazenados, como e quando devem ser eliminados), não é algo que caiba ao professor individualmente considerado.

Em conclusão, a corte austríaca decidiu: em última análise, tendo em conta todos os aspectos descritos, o responsável (seja como controlador ou, eventualmente, como operador) pelas ações relacionadas ao caso em análise, é a organização escolar e não o professor individualmente considerado.

4. Uma análise sistemática acerca dos agentes de tratamento na LGPD.

Embora as explicações acima evidenciem a visão europeia sobre o tema, o Brasil não tem obrigação jurídica de seguir a mesma interpretação. Mesmo considerando a expressiva influência do GDPR na criação da legislação nacional, inclusive na importação dos conceitos de controlador e operador criados por aquela tradição, – o que pode gerar um ônus argumentativo maior para justificar uma compreensão divergente dos conceitos internalizados – a soberania nacional possibilita que trilhemos outro caminho.

Diante disso, cabe analisar nossa própria lei e identificar se ela oferece guias sobre a adequada compreensão dos conceitos de controlador e operador. Neste artigo, dar-se-á especial atenção a algumas responsabilidades e deveres que a LGPD estabelece para os agentes de tratamento – ao longo das 62 e 13 vezes em que os termos controlado(es) e operador(es) são, respectivamente, citados – no intuito de avaliar se os exemplos do TJDF e MP-RS são compatíveis com tais atribuições.

4.1. Controlador.

É ao controlador que LGPD – tal como no GDPR – atribui a maior parte dos deveres relacionados à proteção de dados pessoais,

bem como a maior possibilidade de responsabilização em caso de danos decorrentes do tratamento inadequado. E isso ocorre por uma questão lógica: é a ele que, nos termos da própria lei, compete “as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Sendo certo que esse dever de *responsabilização e prestação de contas* (art. 6º, X) vale para pessoas físicas, jurídicas, públicas e privadas.²⁸

Uma primeira problematização se refere a uma das hipóteses de tratamento (prevista tanto no artigo 7º, II quanto no 11, II, ‘a’), qual seja, o “cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador”. Cabem algumas reflexões: (i) tais obrigações, ao menos em regra, são destinadas às pessoas jurídicas (seja de direito público ou de direito privado) ou a seus representantes legais? (ii) A identificação do controlador na figura do presidente/diretor/administrador (ao invés da própria PJ) impactaria na interpretação desse dispositivo? (iii) Quando dados são tratados para o cumprimento de atribuições legais da Administração Pública,²⁹ confundem-se as obrigações desta com as das pessoas físicas que as representam?

28 Excetuadas as hipóteses estabelecidas no art. 4º. Sobre o tema, há autores que defendem que a LGPD só incide, no caso de tratamentos realizados por pessoa natural, se houver finalidade econômica (KREMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.) *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 291). Respeitosamente discordamos, posto que a LGPD indica sua exclusão no caso de tratamentos “realizados por pessoa *natural* para fins *exclusivamente particulares E não econômicos*” (art. 4º, I, grifo nosso), i.e., a conjunção “E”, reforçado pelo adverbio “exclusivamente”, exigem ambas as características para excluir a aplicação da lei. Exemplo desse entendimento é a recente multa de 1.500 Euros aplicada pela autoridade espanhola à cidadão que equipou seu carro com equipamento de gravação de vídeo na parte traseira de seu veículo. Por estar direcionada para fora do automóvel, portanto, podendo obter imagens do espaço público, sem motivo justificado, a autoridade entendeu que a ação violava o GDPR. Ou seja, mesmo sem qualquer motivação econômica, o fato de a ação ser direcionada a espaço público implica na necessidade de cumprimento das previsões do regulamento europeu, dentre os quais os princípios da finalidade e da transparência, bem como da minimização dos dados pessoais. (AEPD. *Procedimiento* Nº: PS/00108/2020. Disponível em: <https://egida.es/wp-content/uploads/2020/10/ps-00108-2020.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.)

29 No caso específico da Administração Pública, embora alguns autores indiquem que os tratamentos de dados pessoais relacionados à execução de competências legais ou ao cumprimento de atribuições legais do serviço público esteja embasado no artigo 23 da LGPD (MEN-

Questionamentos análogos podem ser feitos em relação à hipótese de “interesse legítimo do controlador”. No primeiro caso, não parece adequado confundir os sujeitos a quem tais obrigações são direcionadas. No segundo caso, afigura-se mais grave ainda confundir as partes cujos interesses caracterizariam uma base legal que justifica o tratamento de dados pessoais sem a necessidade de consentimento, sob o argumento de que esses interesses já contemplariam as legítimas expectativas dos próprios titulares. Basta imaginar a elaboração de um *teste de legítimo interesse* – em um contexto organizacional – considerando finalidades legítimas e atividades do controlador que, em regra, pela interpretação dada pelo TJDF, seria uma pessoa física da organização e não a própria instituição.

Outras questões são evidenciadas pelas atribuições operacionais que a LGPD determina aos controladores e que não parecem se compatibilizar com – ou terão muita dificuldade de serem efetivadas por – pessoas físicas que já possuem diversas outras atribuições institucionais. Dentre essas, apenas exemplificativamente, destacam-se: (i) atender aos direitos dos titulares (confirmação, acesso, correção, oposição, anonimização, bloqueio ou eliminação, portabilidade, informação sobre compartilhamento, revogação de consentimento) de forma imediata ou a justificativa de sua impossibilidade,³⁰ sendo que os titulares podem fazer tais solicitações a qualquer momento e, a princípio, sem limitações temporais ou quantitativas (arts. 9º, 18); (ii) realizar processo de gerenciamento de consentimento (com todos os cuidados acerca de sua manifestação livre, informada e inequívoca), com especial atenção, no caso de dados de crianças, à realização de todos os esforços razoáveis para verificar se houve consentimento

DES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo, op. cit., p. 473), filiamo-nos àqueles que defendem se tratar de hipóteses relacionadas aos artigos supramencionados, posto que a atuação da Administração Pública decorreria de uma determinação legal (TEFFÉ, C. S. DE; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. *civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 mai. 2020).

30 Devendo, quando não for controlador no caso específico, sempre que possível, indicar o verdadeiro agente de tratamento.

efetivamente dado por um dos responsáveis, sendo que, independentemente do caso, cabe a ele o ônus da prova sobre tal obtenção (arts. 5º, XII; 7º, 11, 14, entre outros); (iii) informar de modo claro e adequado, sempre que solicitados, os critérios e procedimentos utilizados em decisões automatizadas (art. 20, § 1º); (iv) elaborar relatórios de impacto à proteção de dados pessoais (arts. 10, 3º; 32; 38); (v) verificar se todos os operadores estão realizando os tratamentos, realizados em seu nome, seguindo suas orientações e as normas aplicáveis sobre proteção de dados pessoais (art. 39); (vi) comunicar, em prazo razoável,³¹ à ANPD e ao titular, a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante, sendo que tal comunicação deverá conter, no mínimo: descrição da natureza dos dados afetados e informações sobre os riscos e os titulares envolvidos; indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas; riscos relacionados ao incidente; medidas adotadas para minimizar os danos e; se for o caso, razões da comunicação não ter sido efetuada imediatamente (art. 48); (vii) visando proteger efetivamente os dados pessoais, bem como minimizar eventuais sanções e multas, implementar programa de governança em privacidade (art.50, § 2º); dentre outros.

Como se pode verificar, a partir desse rol meramente exemplificativo, é muito difícil imaginar que todas essas atividades poderão ser compatibilizadas por uma pessoa natural (ou mesmo um grupo de pessoas) que ocupe posição de direção em uma entidade. Na verdade, a especificação dessas atividades parece ser direcionada – em um contexto organizacional – à própria instituição.

O texto da LGPD também parece distinguir claramente, em alguns momentos em que trata do controlador, pessoas jurídicas de pessoas naturais que nela atuam. É o caso do artigo 16, IV que, ao indicar a necessidade de exclusão dos dados após o término do trata-

31 Esse prazo deverá ser definido pela ANPD, mas, apenas como referência, o GDPR (art. 33 (1)) prevê que a autoridade seja comunicada sem atrasos injustificados, sempre que possível, em até 72 horas.

mento, autoriza sua conservação para “uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados”.³² Seria, no mínimo, inadequado que dados pessoais tratados por uma instituição, ao final do tratamento, pudessem ser mantidos para uso exclusivo de alguém que integra a entidade, mas não pela própria organização.

Outra situação que indica essa inconsistência, caracterizada pela confusão entre pessoa jurídica e pessoa física que a integra, pode ser vista no §7º do artigo 53: “os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo”. Basta imaginar, nesses tempos em que os incidentes de segurança ocorrem a cada momento, que o diretor ou presidente de uma organização seja, não apenas o *responsável* por todas as tentativas de conciliação, mas também o indivíduo a ser *responsabilizado*, conforme as sanções do artigo 52, caso essas não alcancem bom termo.

Há ainda um argumento de autoridade (ainda que não seja da ANPD). O Comitê Central de Governança de Dados (CCGD)³³ do Go-

32 Reconhece-se, entretanto, a redação inadequada desse dispositivo considerando que a LGPD não incide sobre dados realmente anonimizados.

33 Instituído pelo Decreto 10.046, de 9 de outubro de 2019, o CCGD (composto por representantes do Ministério da Economia - um da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital e um da Secretaria Especial da Receita Federal -; da Casa Civil da Presidência da República; da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da Controladoria-Geral da União; da Secretaria Especial de Modernização do Estado da Secretaria-Geral da residência da República; da Advocacia-Geral da União e do Instituto Nacional do Seguro Social) pode orientar o governo em questões relativas a políticas e diretrizes de governança de dados para a administração pública e tem competência para deliberar, entre outros assuntos, sobre: (i) as propostas para viabilizar, econômica e financeiramente, o Cadastro Base do Cidadão do setor público; (ii) orientações e diretrizes para a categorização de compartilhamento amplo, restrito específico, bem como a forma de publicação dessa categorização, observada a legislação referente à proteção de dados pessoais; (iii) regras e parâmetros para esse compartilhamento, incluídos os padrões relativos à preservação do sigilo e da segurança”.

verno Federal criou o ‘Guia de Boas Práticas: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)’. Esse documento afirma que “no âmbito da Administração Pública, o Controlador será a pessoa jurídica do órgão ou entidade pública sujeita à Lei”, sendo relevante, para sua distinção dos operadores, “que a identificação dos Controladores depende necessariamente, em cada situação, da existência da capacidade de decidir sobre os meios e a finalidade do tratamento de dados”.³⁴

4.2. Operador.

Embora o peso da responsabilização e prestação de contas previsto pela LGPD para o operador seja um pouco menor quando comparado ao controlador, isso não significa que não seja substancial. Algumas das obrigações mais expressivas, compartilhadas com o controlador são: (i) observação (e respectiva comprovação desta) dos princípios gerais do artigo 6º; (ii) elaboração e manutenção de registro das operações de tratamento de dados pessoais (art. 37); (iii) adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas, planejadas desde a concepção do produto/serviço, capazes de proteger os dados pessoais de qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (art. 46).

Além disso, o artigo 50 possibilita que os agentes de tratamento – individualmente ou por meio de associações e desde que considerem a natureza, o escopo, a finalidade, a probabilidade e a gravi-

34 BRASIL. Comitê Central de Governança de Dados. *Guia de Boas Práticas - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*, agosto de 2020, p. 10. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2020. Todavia, é importante reconhecer que o mesmo documento apresenta algumas informações questionáveis (o que é compreensível considerando a novidade do tema), dentre as quais a definição de *Operador* (ponto que será tratado na próxima seção) na qual indica que este é “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (art. 5º, VII), *ai incluídos agentes públicos no sentido amplo que exerçam tal função*, bem como pessoas jurídicas diversas daquela representada pelo Controlador”, sendo certo que o presente artigo defende que a parte destacada está equivocada.

dade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados pessoais – formular regras de boas práticas e de governança que:

estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Com todo respeito aos posicionamentos divergentes, é claro que tais obrigações – quando se pensa em uma estrutura organizacional, com o volume e complexidade de tratamento de dados que estas podem demandar – não são passíveis de serem realizadas adequadamente pelos indivíduos que integram a instituição, mas, antes, demandam o comprometimento de toda a organização, de forma sistemática e coesa. Basta imaginar cada funcionário (ou estagiário) de uma grande instituição (pública ou privada) formulando suas regras de boas práticas e de governança específicas, obviamente só depois de fazer, também individualmente, uma análise de riscos de todos os dados pessoais que trata. Ou, ainda, tendo que demonstrar que as medidas de segurança, adotadas por ele, são eficazes.

Por derradeiro, mas não menos relevante, há que se analisar as consequências, em termos de responsabilidade civil e de sanções, da indicação de funcionários e afins como operadores. O artigo 42 afirma que, não apenas operadores, mas também controladores, deverão reparar os danos decorrentes do tratamento de dados pessoais, sendo que o operador responderá solidariamente quando descumprir as obrigações da lei (lembrando que, conforme art. 44, basta que o tratamento não forneça “a segurança que o titular dele pode esperar” para ser caracterizado como irregular) ou não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, havendo inclusive a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Com base nesses dispositivos e tendo em mente os exemplos iniciais do TJDFT e MP-RS, questiona-se: pode a vítima do dano ingressar com uma ação judicial diretamente contra o funcionário, servidor ou estagiário (ou contra o presidente do tribunal ou empresa) sem obrigatoriedade de indicar a instituição, que tratava efetivamente seus dados, no polo passivo? Responderão judicialmente estes diretamente às vítimas (inclusive em ações coletivas), com seu próprio patrimônio? Em caso de dano decorrente de tratamento feito pela Administração Pública (ou em relação de consumo), a responsabilidade de “controladores” (presidente, vice-presidente, ouvidor ou outros indicados pela instituição pública ou privada) e “operadores” (membros, servidores e estagiários ou quaisquer outros integrantes indicados) será objetiva?

5. Boas Práticas e Padrões.

A LGPD seria prolixa – não fosse a relevância do tema – no que concerne a ressaltar a necessidade da utilização de padrões e de “boas práticas” no tratamento de dados pessoais. Tais indicações ocorrem expressamente nos artigos 12, 13, 32, 33, 35, 40, 46, 49, 50, 51 (sendo que esses dois últimos artigos integram uma seção denominada “Das Boas Práticas e da Governança”) e 55-J.

Existem diversas instituições internacionalmente reconhecidas que podem servir como referência nessa área. Neste artigo, analisaremos algumas normas criadas pela *International Organization for Standardization*, as chamadas ISOs. A escolha se deve à longa história da organização, que atua desde 1946, bem como à sua representatividade que conta com a participação de instituições de 165 países diferentes (no Brasil, é representada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas-ABNT, criada em 1940).

Relevante indicar que normas dessa entidade foram recomendadas pelo próprio Governo Federal do Brasil por meio do ‘Guia de

Boas Práticas: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)’ – já mencionado acima – em que afirma, na página 49:

Recomenda-se a utilização de algum framework, boa prática ou norma técnica aplicável como a ABNT NBR ISO/IEC 27001 – Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Sistemas de gestão da segurança da informação — Requisitos; ABNT NBR ISO/IEC 27002 – Código de Prática para controles de segurança da informação; ABNT NBR ISO/IEC 27701 Técnicas de segurança — Extensão da ABNT NBR ISO/IEC 27001 e ABNT NBR ISO/IEC 27002 para gestão da privacidade da informação — Requisitos e diretrizes; ISO/IEC 29151 – Code of practice for personally identifiable information protection; CIS® (Center for Internet Security, Inc.®) Controls e ISO/IEC 29134 - Guidelines for privacy impact assessment.

A NBR ISO/IEC 29151 (elaborada pela Comissão de Estudo de Segurança da Informação, Segurança Cibernética e Proteção da Privacidade da ABNT para ser “uma adoção idêntica, em conteúdo técnico, estrutura e redação, à ISO/IEC 29151:2017” e aprovada em novembro de 2020) indica, em seu item 1, que ela se aplica às “organizações que atuam como controladores de DP”, sendo tal conceito “estabelecido na ABNT NBR ISO/IEC 29100”. Esta última traz conceito de controlador cuja ideia é muito similar à LGPD³⁵ e, também, no item 2.25, o conceito de “terceiro”, nos mesmos moldes adotados pelo GDPR:

parte interessada na privacidade que *não* o *titular* de dados pessoais (DP), o *controlador* de DP

35 O item 2.8 indica “parte(s) interessada(s) na privacidade que *determina(m) os objetivos e os meios* para o tratamento dos dados pessoais (DP) e que não é(são) pessoa(s) natural(is) que usa(m) os dados para objetivos pessoais” (grifo nosso).

e o *operador* de DP, e as *pessoas naturais* que são autorizadas a tratar os dados *sob direta autoridade* do controlador de DP ou do operador de DP. (grifo nosso)

Portanto, reitera-se aqui a diferenciação entre controladores, operadores e pessoas naturais que atuam diretamente subordinadas a qualquer um desses, conforme já indicado na seção 3.

Além disso, as ISOs também indicam procedimentos que devem ser adotados por controladores e por operadores visando colaborar para a construção tanto de uma estrutura adequada de privacidade quanto de uma prática eficiente de proteção de dados pessoais.

Apenas exemplificativamente, a NBR ISO/IEC 27701 – que é uma extensão (portanto, deve ser aplicada conjuntamente) da NBR ISO/IEC 27001 e da NBR ISO/IEC 27002 para gestão da privacidade da informação – indica controles de privacidade³⁶ *específicos e diferenciados para controladores e operadores*. Como se poderá perceber, são medidas a serem adotadas, em sua totalidade, tipicamente por uma organização e não por pessoa(s) natural(is) que fazem parte da instituição.

5.1. Controles de privacidade específicos para controladores (ISO 27701).

A norma em comento sugere, em seu Anexo A, 31 (trinta e um) controles de privacidade³⁷ *que devem ser implementados especificamente por aqueles que atuam como controladores* dos tratamentos de dados pessoais.

36 Conforme definido no item 2.12 da NBR ISO/IEC 29100, são “medidas que tratam os riscos de privacidade por meio da redução de sua probabilidade ou de suas consequências”.

37 Conforme definido no item 2.12 da NBR ISO/IEC 29100, são “medidas que tratam os riscos de privacidade por meio da redução de sua probabilidade ou de suas consequências”.

Oito desses controles se referem as condições para a coleta e demais formas de tratamento de dados pessoais e tem como objetivo expresso determinar ações no intuito de garantir e evidenciar que o tratamento é lícito e que os propósitos são legítimos e claramente estabelecidos:

- a) A.7.2.1 - A organização deve identificar e documentar os propósitos específicos pelos quais os dados pessoais serão tratados.
- b) A.7.2.2 - A organização deve determinar, documentar e estar em *compliance* com a base legal pertinente para o tratamento de dados pessoais para os propósitos identificados.
- c) A.7.2.3 - A organização deve determinar e documentar um processo pelo qual ela possa demonstrar se, quando e como o consentimento para o tratamento de dados pessoais foi obtido dos titulares.
- d) A.7.2.4 - A organização deve obter e registrar o consentimento dos titulares de acordo com os processos documentados.
- e) A.7.2.5 - A organização deve avaliar a necessidade para, e implementar onde apropriado, uma avaliação de impacto de privacidade quando novos tratamentos de dados pessoais ou mudanças ao tratamento existente forem planejados.
- f) A.7.2.6 - A organização deve ter um contrato por escrito com qualquer operador de dados pessoais que ela utilize, e deve assegurar que os seus contratos com os operadores contemplem a implementação de controles apropriados, conforme descrito no Anexo B da ISO 27701.
- g) A.7.2.7 - A organização deve determinar as responsabilidades e respectivos papéis para o tratamento de dados pes-

soais (incluindo a proteção e os requisitos de segurança) com qualquer controlador conjunto.

- h) A.7.2.8 - A organização deve determinar e manter de forma segura os registros necessários ao suporte às suas obrigações para o tratamento dos dados pessoais.

O maior conjunto de controles demonstra a preocupação da norma com o cumprimento das obrigações para com os titulares, mormente no que concerne as informações que devem ser fornecidas a eles e aos procedimentos adotados institucionalmente para garantir sua efetivação:

- a) A.7.3.1 - A organização deve determinar e documentar suas obrigações regulatórias, legais e de negócios para os titulares, relativas ao tratamento de seus dados pessoais e fornecer meios para atender a estas obrigações.
- b) A.7.3.2 - A organização deve determinar e documentar a informação a ser fornecida aos titulares, relativa ao tratamento de seus dados pessoais, e o tempo de tal disponibilização.
- c) A.7.3.3 - A organização deve fornecer aos titulares, de forma clara e facilmente acessível, informações que identifiquem o controlador e descrevam o tratamento de seus dados pessoais.
- d) A.7.3.4 - A organização deve fornecer mecanismos para os titulares para modificar ou cancelar os seus consentimentos.
- e) A.7.3.5 - A organização deve fornecer mecanismos para os titulares para negar o consentimento ao tratamento de seus dados pessoais.

- f) A.7.3.6 - A organização deve implementar políticas, procedimentos e/ou mecanismos para atender às suas obrigações para os titulares acessarem, corrigirem e/ou excluïrem os seus dados pessoais.
- g) A.7.3.7 - A organização deve informar aos terceiros com quem o dado pessoal foi compartilhado sobre qualquer modificação, cancelamento ou desaprovação pertinente, e implementar políticas e procedimentos apropriados e/ou mecanismos para fazê-lo.
- h) A.7.3.8 - A organização deve ser capaz de fornecer uma cópia do dado pessoal que é tratado, quando requerido pelo titular.
- i) A.7.3.9 - A organização deve definir e documentar políticas e procedimentos para tratamento e respostas, a solicitações legítimas dos titulares.
- j) A.7.3.10 - A organização deve identificar e considerar as obrigações, incluindo obrigações legais, para os titulares, como resultado das decisões feitas pela organização que estejam relacionadas ao titular, baseadas unicamente no tratamento automatizado de dados pessoais.

Há também um grupo de controles com especial direcionamento às ideias de *privacy by design* e *privacy by default*, visando assegurar que processos e sistemas sejam projetados de modo a limitar os tratamentos de dados pessoais ao mínimo necessário ao propósito identificado:

- a) A.7.4.1 - A organização deve limitar a coleta de dados pessoais a um mínimo que seja relevante, proporcional e necessário para os propósitos identificados.

- b) A.7.4.2 - A organização deve limitar o tratamento de dados pessoais de tal forma que seja adequado, relevante e necessário para os propósitos identificados.
- c) A.7.4.3 - A organização deve assegurar e documentar que o dado pessoal é preciso, completo e atualizado, como é necessário para os propósitos aos quais ele é tratado, por meio do ciclo de vida do dado pessoal.
- d) A.7.4.4 - A organização deve definir e documentar os objetivos da minimização dos dados e quais mecanismos (como a anonimização) são usados para atender àqueles objetivos.
- e) A.7.4.5 - A organização deve excluir dados pessoais ou entregá-los na forma que não permita a identificação ou reidentificação dos titulares, uma vez que o dado pessoal original não é mais necessário para os propósitos identificados.
- f) A.7.4.6 - A organização deve assegurar que os arquivos temporários criados como um resultado de tratamento de dados pessoais sejam descartados (por exemplo, apagados ou destruídos) seguindo procedimentos documentados dentro de um período documentado, especificado.
- g) A.7.4.7 - A organização não pode reter o dado pessoal por um tempo maior do que é necessário para os propósitos para os quais o tratamento é realizado.
- h) A.7.4.8 - A organização deve ter políticas, procedimentos e/ou mecanismos documentados para o descarte de dados pessoais.
- i) A.7.4.9 - A organização deve tratar dado pessoal transmitido (por exemplo, enviado para outra organização) que trafe-

que por uma rede de transmissão de dados, com controles apropriados concebidos para assegurar que os dados alcancem seus destinos pretendidos.

Com o intuito de identificar se – e documentar quando – os dados pessoais são compartilhados ou transferidos para outras jurisdições ou com terceiros de forma a garantir as obrigações aplicáveis:

- a) A.7.5.1 - A organização deve identificar e documentar as bases relevantes para a transferência de dados pessoais entre jurisdições.
- b) A.7.5.2 - A organização deve especificar e documentar os países e as organizações internacionais para os quais os dados pessoais possam possivelmente ser transferidos.
- c) A.7.5.3 - A organização deve registrar a transferência de dados pessoais para ou de terceiros e assegurar a cooperação com essas partes para apoiar futuras solicitações relativas às obrigações para os titulares.
- d) A.7.5.4 - A organização deve registrar a divulgação de dados pessoais para terceiros, incluindo quais foram divulgados, para quem e quando.

Tais medidas devem ser implementadas ou, ao menos, sua exclusão deve adequadamente justificada de modo a explicar por que alguns controles não são considerados necessários, por exemplo, de acordo com a avaliação de riscos feita pela organização ou porque desnecessário de acordo com a legislação e/ou regulamentação incidente, sempre levando em consideração os contextos específicos da organização. Sendo assim, é perceptível que a adoção desses controles ou mesmo a avaliação e posterior justificativa de sua não implementação demandam um esforço institucional (portanto, do controla-

dor a quem a norma se aplica) que não pode ser corretamente atendido pelo representante institucional.

5.2. Controles de privacidade específicos para operadores (ISO 27701).

A ISO 27701, em seu Anexo B, indica ainda 18 (dezoito) controles de privacidade específicos para aqueles que atuam como operadores nos tratamentos de dados pessoais. Tais controles também são divididos em quatro grupos que, de forma geral, seguem modelo similar ao já comentado para os controladores:

- a) B.8.2.1 - A organização deve assegurar, onde pertinente, que o contrato para tratar dados pessoais considera os papéis da organização em fornecer assistência com as obrigações do cliente (considerando a natureza do tratamento e a informação disponível para a organização).
- b) B.8.2.2 - A organização deve assegurar que os dados pessoais, tratados em nome do cliente, o sejam apenas para o propósito expresso nas instruções documentadas do cliente.
- c) B.8.2.3 - A organização não pode utilizar os dados pessoais tratados sob um contrato para o propósito de marketing e propaganda, sem o estabelecimento de que um consentimento antecipado foi obtido do titular. A organização não pode fornecer esse consentimento como uma condição para o recebimento do serviço.
- d) B.8.2.4 - A organização deve informar ao cliente se, na sua opinião, uma instrução de tratamento viola uma regulamentação e/ou legislação aplicável.

- e) B.8.2.5 - A organização deve fornecer ao cliente informações apropriadas de tal modo que o cliente possa demonstrar *compliance* com suas obrigações.
- f) B.8.2.6 - A organização deve determinar e manter os registros necessários para apoiar a demonstração do *compliance* com suas obrigações (como especificado no contrato aplicável) para tratamento de dados pessoais realizado em nome do cliente.
- g) B.8.3.1 - A organização deve fornecer ao cliente meios para estar em *compliance* com suas obrigações relativas aos titulares.
- h) B.8.4.1 - A organização deve assegurar que os arquivos temporários criados como um resultado do tratamento de dados pessoais sejam descartados (por exemplo, apagados ou destruídos) seguindo os procedimentos documentados, dentro de um período especificado e documentado.
- i) B.8.4.2 - A organização deve fornecer a capacidade de retornar, transferir e/ou descartar dados pessoais de uma maneira segura. Deve também tornar sua política disponível para o cliente.
- j) B.8.4.3 - A organização deve sujeitar dados pessoais transmitidos sobre uma rede de transmissão de dados a controles apropriados projetados, para assegurar que os dados alcancem seus destinos pretendidos.
- k) B.8.5.1 - A organização deve informar ao cliente em um tempo hábil sobre as bases para a transferência de dados pessoais entre jurisdições e de qualquer mudança pretendida nesta questão, de modo que o cliente tenha a capacidade de contestar estas mudanças ou rescindir o contrato.

- l) B.8.5.2 - A organização deve especificar e documentar os países e as organizações internacionais para os quais dados pessoais possam ser transferidos.
- m) B.8.5.3 - A organização deve registrar a divulgação de dados pessoais para terceiros, incluindo quais foram divulgados, para quem e quando.
- n) B.8.5.4 - A organização deve notificar ao cliente sobre quaisquer solicitações legalmente obrigatórias para a divulgação de dados pessoais.
- o) B.8.5.5 - A organização deve rejeitar quaisquer solicitações para a divulgação de dados pessoais que não sejam legalmente obrigatórias, consultar o cliente em questão antes de realizar quaisquer divulgações e aceitar quaisquer solicitações contratualmente acordadas para a divulgação, que sejam autorizadas pelo respectivo cliente.
- p) B.8.5.6 - A organização deve divulgar para o cliente qualquer uso de subcontratados para tratar dados pessoais, antes do uso.
- q) B.8.5.7 - A organização deve somente contratar um subcontratado para tratar dados pessoais com base no contrato do cliente.
- r) B.8.5.8 - A organização deve, no caso de ter uma autorização geral por escrito, informar o cliente de quaisquer alterações pretendidas relativas à adição ou substituição de subcontratados no tratamento de dados pessoais, dando assim ao cliente a oportunidade de se opor a essas alterações.

No que concerne aos controles específicos para os operadores fica ainda mais claro o equívoco de se confundir esse agente de tra-

tamento com os colaboradores/servidores/estagiários e correlatos que atuam em uma organização. Obviamente, a maioria expressiva de tais medidas são impossíveis de serem adotadas por essas pessoas físicas, seja por empecilhos técnicos, jurídicos, econômicos, operacionais ou até pela extrema dificuldade em negar determinadas ordens que provém de um superior hierárquico.

Basta pensar, apenas exemplificativamente, sobre a (im)possibilidade de um funcionário contratar um “subcontratado” para repassar parte de suas atribuições, ainda mais se tal contratação depender de um contrato (inexistente) com seu superior hierárquico ou mesmo com a instituição na qual atua. Ou, ainda, sobre a (im)possibilidade de qualquer ‘colaborador’ fornecer a capacidade de retornar, transferir e/ou descartar dados pessoais de uma maneira segura, tornando sua política disponível para seu empregador.

6. As recentes manifestações da ANPD.

Todos os argumentos acima delineados foram escritos diante da, até então, completa ausência de manifestação oficial da ANPD sobre o tema. Todavia, recentemente, a Autoridade produziu seu primeiro documento oficial, sendo o tópico inicial deste exatamente sobre a temática aqui abordada – o que ressalta a relevância do tema.³⁸

38 ANPD. *Guia Orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Disponível em: «https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf». Acesso em: 29 mai. 2021. O documento foi divulgado em 28 de maio de 2021, sendo certo que a notícia destaca que “a atual versão é a primeira edição do guia, que está sujeita a comentários e contribuições pela sociedade civil. As contribuições podem ser enviadas para o e-mail normatizacao@anpd.gov.br. O recebimento de sugestões de aprimoramento do guia é contínuo e o presente guia será atualizado à medida que novas regulamentações e entendimentos forem publicados e estabelecidos pela ANPD” «<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-guia-orientativo-sobre-agente-s-de-tratamento-e-encarregado>». Portanto, defende-se que, mesmo diante do posicionamento do órgão, o presente trabalho continua sendo relevante para consolidar as opiniões emitidas pela ANPD.

Resumidamente, o documento reforça as conclusões aqui apresentadas, asseverando que “os agentes de tratamento devem ser definidos a partir de seu caráter institucional”, sendo assim, não devem ser “considerados controladores [...] ou operadores os indivíduos subordinados, tais como os funcionários, os servidores públicos ou as equipes de trabalho de uma organização, já que atuam sob o poder diretivo do agente de tratamento”.³⁹

Obviamente, como já indicado, pessoas físicas podem ser consideradas *controladores* quando “atuarem de acordo com os próprios interesses, com poder de decisão sobre as finalidades e os elementos essenciais de tratamento”, isto é, quando agirem de forma independente e em nome próprio – não de forma subordinada a uma pessoa jurídica ou como membro de um órgão desta – é o que ocorre com empresários individuais, profissionais liberais ou responsáveis pelas serventias extrajudiciais.⁴⁰

Também podem ser consideradas *operadores* quando “atuarem de acordo com os interesses do controlador, sendo-lhes facultada apenas a definição de elementos não essenciais à finalidade do tratamento”.⁴¹ Isso pode ocorrer, por exemplo, quando uma pessoa natural é contratada como prestadora de serviços para uma finalidade específica. Todavia, tal situação é distinta da atuação de funcionários que simplesmente representam uma pessoa jurídica:

empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta não devem ser considerados operadores, tendo em vista que o operador será sempre uma pessoa distinta do controlador, isto é, que não atua como

39 Ibidem, p. 5.

40 Ibidem, p. 10.

41 Ibidem, p. 5.

profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos.⁴²

Portanto, em regra, no “contexto de uma pessoa jurídica, a organização é o agente de tratamento para os fins da LGPD, já que é esta que estabelece as regras para o tratamento de dados pessoais, a serem executadas por seus representantes ou prepostos”.⁴³ Sendo certo que os conceitos de controlador e operador não devem ser entendidos como norma de distribuição interna de competências e responsabilidades.⁴⁴

Considerações finais.

Não obstante seja importante reconhecer esforço das instituições públicas e privadas em seus primeiros passos em direção à conformidade com a proteção de dados pessoais – mormente diante de novas figuras jurídicas, princípios e práticas desconhecidas da grande maioria, somadas a, até então, ausência de orientações da ANPD, que ainda estava sendo efetivamente estruturada – buscou-se demonstrar inadequação de algumas interpretações que estavam sendo dadas aos conceitos de controlador e operador especificados na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Considerando-se a origem desses conceitos, relacionada a tradição europeia de proteção de dados ou mesmo por meio de uma compreensão sistemática da LGPD – em especial no que concerne aos papéis, obrigações e responsabilidades direcionados aos agentes de tratamento – não é adequado, em contextos organizacionais, confundir a pessoa jurídica (tanto de direito público como de direito privado) com as pessoas naturais que integram seus quadros.

42 Ibidem, p. 17.

43 Ibidem, p. 6.

44 Ibidem, p. 8.

Buscou-se argumentar que o objetivo central da definição das novas figuras jurídicas de controlador e operador está intimamente relacionado com o princípio da responsabilização e prestação de contas. O estabelecimento desses novos papéis tem o intuito, primeiramente, de garantir o pleno efeito da legislação de proteção de dados, fomentando a garantia efetiva e abrangente dessas informações, evitando ou, pelo menos, minimizando, os danos que podem advir do tratamento. Isso é ainda mais necessário ao se pensar – como já ocorre na União Europeia e, aparentemente, delineia-se entendimento similar no Brasil – a proteção de dados pessoais como inclusa no rol de direitos e garantias fundamentais.

Ademais, para além dessa tentativa de garantir tal proteção (e assegurar a responsabilidade pelo ressarcimento de eventuais danos), a adequada compreensão dos conceitos de controlador e operador está diretamente relacionada à qualidade da estrutura geral de governança das organizações – sejam elas públicas ou privadas –, inclusive aumentando a segurança jurídica ao identificar claramente os papéis, deveres e responsabilidades de cada agente de tratamento.

Sendo assim, o princípio da responsabilização e da prestação de contas, por si só, já indica que – em contextos organizacionais – é a própria instituição que deve atuar e ser reconhecida, seja como controlador seja como operador. Isso não significa, obviamente, que os integrantes das instituições não serão responsabilizados por eventuais condutas inadequadas – não faltam exemplos de previsões legais para garantir essa última possibilidade, seja na Constituição (art. 37, §6º), no Código Civil (art. 934), na Lei de Acesso à Informação (art. 31, § 2º e 32, II), na Lei 8.112/90 (art. 122) e na própria LGPD (art. 47), dentre outros.

Portanto, a adequada compreensão dos conceitos relacionados à proteção de dados – dentre eles o de controlador e operador – mormente diante da falta de vivência nacional com as especificidades do tema, não pode ser feita com os olhos voltados apenas para o texto da LGPD, nem mesmo centrada exclusivamente na experiência

brasileira. Sem olvidar nossa soberania e a liberdade na construção de nosso próprio caminho, a análise cuidadosa das experiências internacionais, mormente de sociedades que têm maior experiência com esse tema – dentre as quais a europeia – é fundamental para tais reflexões e para a construção de uma verdadeira cultura de proteção de dados pessoais que todos desejamos no Brasil.

IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO E AS RELAÇÕES DE GARANTIA ACESSÓRIAS E AUTÔNOMAS¹

SUPERVENING IMPOSSIBILITY OF OBLIGATIONS AND THE ACCESSORY AND AUTONOMOUS' GUARANTEES

Pedro Guilhardi

Resumo: Pretende-se examinar neste artigo, de um lado, o panorama legal brasileiro da impossibilidade superveniente da prestação. Sobre esse tema discute-se, a partir de classificação doutrinária, como e quando a impossibilidade superveniente tem o condão de extinguir o vínculo obrigacional. De outro lado, o autor, após estabelecer premissas sobre o vínculo funcional e características próprias de garantias acessórias, no caso a fiança, em contraposição às garantias autônomas mescla os assuntos com a finalidade de determinar quais os efeitos da impossibilidade superveniente para cada espécie de garantia, de acordo com sua vinculação ao negócio jurídico subjacente.

Palavras-chave: Garantias. Negócio Jurídico. Impossibilidade Superveniente. Efetividade do Direito Privado. Proteção ao Investimento Privado.

Abstract: On one side, the aim of this article is to assess the Brazilian legal system concerning supervening impossibility of obligations. Founded on legal scholars' categorizations, it discusses how and when the supervening impossibility can cause the termination of the contractual relationship. On the other side, it discusses the functional link of the autonomous guarantees and its main concept, as opposed to accessory guarantees, in case the *fiança*. Both the subjects are then combined with the aim to assess what are the effects of

¹ Artigo recebido em 14.05.2021 e aceito em 19.07.2021.

the supervening impossibility for each type of guarantee – autonomous and accessory –, considered the guarantee’s link to the main legal relationship.

Keywords: Guarantees. Legal transaction. Supervening impossibility. Effectiveness of private law. Protection of private investment.

Sumário: Introdução. 1. Impossibilidade superveniente e não imputável. 1.1. Efeito extintivo decorrente da impossibilidade superveniente: como e quando? 2. Garantias acessórias e autônomas. 2.1. Garantias autônomas. 2.1.1. Determinação da relação de garantia. 2.2 Fiança. 2.2.1. Determinação da relação de garantia. 3. Impossibilidade superveniente e relações de garantia. 3.1. Nas garantias autônomas. 3.1.1. Impossibilidade superveniente absoluta. 3.1.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial. 3.1.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária. 3.2. Na fiança. 3.2.1. Impossibilidade superveniente absoluta. 3.2.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial. 3.2.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária. Conclusão.

Introdução.

Existem diversos trabalhos na doutrina civilista que contemplam o estudo da não imputabilidade do devedor decorrente de caso fortuito e força maior, bem assim o fenômeno da impossibilidade superveniente da prestação derivados de tais infortúnios.

Pouco ou nada se produziu, contudo, sobre o tema sob a ótica do direito das garantias, em especial, conforme a garantia tenha maior ou menor grau de vinculação ao negócio jurídico subjacente. É

o que propõe o presente trabalho, mediante avaliação da normativa legal – e não da regulação contratual que, eventualmente, possa excepcionar ou alterar as regras advindas da lei.

Para tanto, em sua primeira parte, o artigo situa o tema da impossibilidade no regramento civil, bem assim enuncia as hipóteses de término do vínculo obrigacional por impossibilidade superveniente – em especial, explica como e quando o contrato restará extinto.

Na sequência, em sua segunda parte, o estudo traz conceitos a respeito de duas espécies de garantia, que se contrapõem em termos de vinculação ao negócio jurídico subjacente: a fiança e a garantia autônoma. Também, esclarece as diferentes frentes obrigacionais que são criadas, como um todo, no âmbito da estrutura que envolve a contratação de tais garantias.

Trazidos os conceitos de impossibilidade e traçados os elementos essenciais de tais espécies de garantia, bem assim as diferentes relações jurídicas que se formam em cada modalidade, discute-se os efeitos das diferentes espécies de impossibilidade supervenientes, tanto na relação de garantia, propriamente dita, como na relação subjacente, seguindo-se de notas conclusivas.

1. Impossibilidade superveniente e não imputável.

Nessa parte do trabalho tratar-se-á das fontes legais – e não convencionais – que disciplinam a impossibilidade superveniente da prestação, não imputável ao obrigado.

A superveniência da impossibilidade deve ser considerada frente ao momento da celebração do negócio jurídico. Na conclusão do negócio jurídico, havendo impossibilidade originária, avaliam-se os planos da existência e da validade, ao passo que a impossibilidade superveniente reflete no plano da eficácia, submetendo-se, pois, as hipóteses, a regimes jurídicos distintos. Na impossibilidade originária absoluta, tem-se a nulidade do negócio jurídico, afetando a sua vali-

dade, ao passo que a impossibilidade superveniente afeta a eficácia do negócio jurídico, mas não sua existência nem validade.²

A impossibilidade de prestar é regrada de forma fragmentária em nosso Código Civil, com sobreposição de disciplinas, distinguidas em gerais e específicas. As primeiras, gerais, são disciplinadas dentro das modalidades das obrigações e de algumas espécies obrigacionais, ao passo que o diploma regula, em dispositivo particular, causa singular de impossibilidade, qual seja, o afastamento da responsabilidade por caso fortuito ou força maior.³

É verdade que a impossibilidade superveniente, como figura geral e como figura específica (esta advinda de caso fortuito e força maior), tem pontos de comunicação, pois estabelecem entre si uma relação de gênero-espécie:⁴ nem toda impossibilidade deve ser atribuída a *casus*, porque há impossibilidade que de modo nenhum se relacionam a caso fortuito e força maior.⁵

1.1. Efeito extintivo decorrente da impossibilidade superveniente: como e quando?

Eventos que atraem a incidência do conceito de caso fortuito e força maior, salvo nas hipóteses legais,⁶ liberam o devedor dos prejuízos causados, pois não há imputabilidade. Pode, além disso, exo-

2 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 144-151; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 99.

3 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 144-145.

4 Ibidem, p. 150.

5 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 23, p. 184.

6 Caso, por exemplo, quando em mora o devedor, nos termos do artigo 339 do Código Civil.

nerar o devedor de toda a obrigação, quando ela foi inteiramente afetada,⁷ com extinção do vínculo obrigacional.

De fato, posteriormente ao nascimento da relação jurídica, pode ser invocada como causa de extinção das dívidas e obrigações,⁸ embora o término do vínculo obrigacional não seja efeito necessário da incidência do evento de força maior ou caso fortuito – ainda que exista impossibilidade superveniente, pois há diferentes graduações de impossibilidade incidente nas relações negociais.⁹ A impossibilidade pode ter também várias causas subjacentes, sendo a derivada do caso fortuito e força maior apenas uma das que podem ter o efeito liberatório ora tratado.¹⁰

O Código Civil contém regramentos específicos quanto à impossibilidade da prestação para as diferentes espécies de obrigações, dos quais deflui o entendimento de que a impossibilidade não for imputável ao devedor extingue-se o vínculo obrigacional¹¹ ou, mais precisamente, extingue a prestação.¹²

Assim o faz, por exemplo, em relação às obrigações de fazer, no artigo 248, quanto às obrigações de dar coisa certa, nos artigos 233 e ss., coisa incerta, no artigo 246, relativamente às obrigações de fazer, no artigo 248, de não fazer, no artigo 250.

Não trata, especificamente, da obrigação de pagar quantia, a não ser na conversão da prestação ajustada em substituição por moe-

7 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234.

8 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 157.

9 FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Força maior e descumprimento de contratos na pandemia. *Direito e pandemia*. n. esp. mai. 2020, Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, p. 8.

10 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 184.

11 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 60.

12 *Ibidem*, p. 158.

da corrente, em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação na forma pactuada, a teor do artigo 947 do Código Civil.

A impossibilidade superveniente, a que não é causada pelo devedor e, portanto, não enseja a sua mora, nos termos do artigo 396 do Código Civil é fundamento, *em algumas hipóteses*, para extinção da prestação. Como explica Pontes de Miranda, “o devedor deixa de dever. Nem o credor pode exigir a prestação, nem, sequer, continua titular do crédito. O risco é, aí, da prestação, e ao credor cabe suportá-lo. Ao devedor não é imputável responsabilidade” .¹³

Requisito imprescindível é que a impossibilidade seja superveniente à formação do negócio jurídico, dada a nulidade de que se revestem os negócios jurídicos por meio dos quais se promete prestação impossível.

Acaso a impossibilidade superveniente seja parcial, o devedor se libera do equivalente da prestação atingida, salvo se toda a prestação se tornar inútil ou prejudicial ao credor.¹⁴ Assim que, havendo possibilidade de parcelamento da prestação que atenda ao interesse do credor, a relação obrigacional subsiste, ainda que mutilada; do contrário, tem-se a impossibilidade total. Pode, ainda, a impossibilidade de parcela da prestação resultar da deterioração restrita da coisa, como nas hipóteses das obrigações de dar, com a solução oferecida pelo artigo 235 do Código Civil, bem assim na locação de coisas, com o regramento estipulado pelo artigo 567 do Código Civil.

A impossibilidade superveniente pode, ainda, restringir o direito do credor no tempo, não extinguindo, pois, a relação jurídica, que se torna exigível tão logo o evento cesse. É o caso, por exemplo, do locatário que subloca e não pode entregar o bem ao locador porque a lei prorrogou a sublocação.¹⁵ Não se trata, a rigor, de impossi-

13 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 190.

14 LÔBO, Paulo, op. cit. p. 245.

15 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit. p. 184.

bilidade, pelo que o devedor deve cumprir o avençado quando cessado o óbice que o impediu de fazer anteriormente, não prejudicado o interesse e a utilidade da prestação ao credor.¹⁶ Não sendo impossibilidade imputável ao devedor, não incorre este em mora,¹⁷ nem se extingue a obrigação – solução advinda da doutrina¹⁸ –, ausente regramento específico pelo Código Civil.¹⁹ Da mesma maneira, com construção doutrinária e analógica com outros dispositivos do Código Civil (artigos 625, inciso I, 741 e 753), tem-se hipótese de suspensão de exigibilidade da prestação enquanto perdurar a situação de impossibilidade – afetando, inclusive, prazos prescricionais.²⁰

Deve se excetuar os negócios jurídicos fixos, desde que a impossibilidade superveniente manifeste efeitos até o dia em que seria satisfeita a obrigação ou até quando deveria ter sido adimplida, pois desaparece, sob a ótica do credor, o interesse e a utilidade no cumprimento obrigacional, mesmo temporária a impossibilidade.²¹ Também nos negócios jurídicos não fixos, se a prestação não atingir a sua finalidade poderá ensejar a transmutação da impossibilidade – em princípio temporária – para definitiva, a teor da regra direcionada para o inadimplemento do artigo 395 parágrafo único do Código Civil, mas também aplicável à impossibilidade por ter a mesma razão de existir.²²

Distingue-se, ainda, a impossibilidade superveniente subjetiva e objetiva, e a impossibilidade relativa e absoluta.

16 Ibidem, p. 188.

17 BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950, v. 4, p. 213.

18 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 160.

19 Como o fazem, por exemplo, os sistemas italianos e português, nos artigos 1.256 e 792^o, respectivamente.

20 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 160.

21 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 100.

22 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 161.

Nesse ponto, o autor remete o leitor à obra de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva.²³ Ao que parece, o confronto doutrinário português e brasileiro elucidou confusão comumente encontrada na doutrina brasileira entre impossibilidade absoluta/objetiva e relativa/subjectiva, com sobreposição de conceitos. A rigor, contudo, não é assim, pelo que o autor adota a percepção que distingue de maneira mais categórica a classificação.

A impossibilidade superveniente subjetiva diz respeito à pessoa do devedor, isto é, trata de sua inaptidão de adimplir a prestação a que se obrigou. A prestação, portanto, é apenas impossível para o devedor, liga-se a sua pessoa.²⁴ Pode exonerar o devedor da obrigação, desde que se trate de impossibilidade absoluta e permanente (p. ex., devedor hospitalizado e a prestação deva só por ele ser adimplida em certa data).

A impossibilidade superveniente objetiva afeta a todos os figurantes do negócio jurídico; não apenas a um deles.²⁵ Há falta do objeto da prestação, incluindo-se a impossibilidade do fazer e do não fazer.²⁶ Normalmente reflete impossibilidade absoluta que, sendo permanente, exonera o devedor e extingue o vínculo obrigacional.

Distinção fundamental para determinar a extinção, ou não, do vínculo obrigacional e a imputabilidade ao devedor se dá entre a impossibilidade superveniente absoluta e relativa.

Por absoluta, tem-se a impossibilidade física ou jurídica permanente e inafastável, com impedimento de prestar, por ordem física, de acordo com as leis naturais ou estado dos conhecimentos técnicos científicos, ou jurídica, com inexigibilidade da prestação por proibição das regras jurídicas.²⁷

23 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 163, nota 352.

24 Ibidem, p. 164.

25 Ibidem, p. 60.

26 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 184.

27 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 164.

A impossibilidade relativa tem prestação possível de ser adimplida, mas com maior dificuldade ao devedor, derivando de um obstáculo que não pode ser superado senão com esforços e sacrifícios ao grau considerado típico, superior à diligência média em determinada espécie de obrigação. Para alguns sistemas, como o português, “em que a lei não faz alusão à impossibilidade absoluta, nem relativa, precisamente porque não aceitou as duas expressões, mas apenas uma, a absoluta”,²⁸ a impossibilidade relativa não é liberatória.

No âmbito brasileiro, contudo, parece prevalecer o entendimento de que não se exige que a impossibilidade seja absoluta,²⁹ devendo-se conceber como impossível a prestação que somente com despesas desproporcionais e extraordinários esforços poderia ser adimplida,³⁰ levando-se em consideração a concepção do tráfico que se tinha quando da formação do negócio jurídico, eis que tal conceito integraria o conteúdo do negócio jurídico.³¹

Expande-se a concepção do absoluto para um sentido socio-cultural do termo, a ser averiguado no caso, conforme as circunstâncias para a concretização da prestação impactada pelo evento superveniente, sempre com foco no critério da exorbitância e desproporcionalidade.³² Tal se presta para afastar a preocupação desde muito debatida pela doutrina, no sentido de que “quando se abandona a condição necessária da impossibilidade absoluta de executar, surgem dificuldades práticas insuperáveis”, pois, “não se pode determinar mais, de uma maneira segura, o mínimo de esforço que bastará, em cada caso, pra pronunciar-se a exoneração do devedor”.³³

28 PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 22.

29 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, op. cit., p. 100 e ss.

30 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 185.

31 Loc. cit.

32 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e de suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 327-328.

33 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e a teoria da imprevisão*. 3. ed. Revista Forense, 1958, p. 114.

Deve-se distinguir³⁴ as hipóteses de evento superveniente que: (i) exige do devedor sacrifício intolerável, segundo os padrões de justiça socialmente aceitos, exemplificado pelo falecimento de filho de cantor que deveria estar presente em concerto no mesmo dia;³⁵ (ii) demandará esforços extremamente desproporcionais perante o interesse do credor, cujo exemplo amplamente citado é de busca de um anel que deveria ter sido entregue pelo devedor ao credor, mas que caiu em um lago; e (iii) impõe ao devedor esforços e dispêndios significativamente maiores ao projetados, hipótese de necessidade de alteração de rota de um caminhão de transporte por queda de uma ponte, aumentando os custos – porém não de todo desproporcionalmente –, em que os esforços e custos maiores estariam no campo da onerosidade excessiva superveniente, instituto distinto e sujeito a outros requisitos e efeitos.³⁶ Trata-se da *difficultas*, compreendida como a existência de obstáculos a que se preste.³⁷ O devedor responde pelo inadimplemento da prestação, ainda exigível, pois é inadequada a “equiparação da onerosidade extrema e imprevista à própria impossibilidade”.³⁸

No âmbito da proporcionalidade e razoabilidade, não se pode esquecer que “a dificuldade implica possibilidade mediante um certo esforço, devendo-se sempre procurar ter em vista a conduta de um

34 Veja-se: PIRES, Catarina Monteiro, op. cit., p. 22-23.

35 Nota-se que a ampliação do conceito de impossibilidade absoluta não é de todo contrária àquilo que os próprios adeptos da teoria objetivista postulam, embora os caminhos para a mesma conclusão possam ser concebidos como distintos: “Sem dúvida, haverá casos em que não se poderá abstrair da pessoa do devedor, das suas condições pessoais. Mas, isso sucederá apenas quando tais condições tenham uma relação de conexão necessária com a própria prestação em si, como no caso da doença do pintor, impedido por tal fato de executar a encomenda de um quadro; o que constitui também impossibilidade objetiva” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 115).

36 Exemplos tomados de: MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 184-186.

37 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 185.

38 FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 114.

homem-tipo”,³⁹ isto é, sem consideração a aspectos subjetivos do devedor.

A insolvência e, mais restritamente, a inaptidão a fazer a prestação não é impossibilidade,⁴⁰ ausente previsão legal nesse sentido. Apesar disso, constata-se o entendimento de que a insolvência superveniente, sem culpa do devedor, equiparar-se-ia à impossibilidade absoluta, com fundamento no artigo 963 do Código Civil, que abarcaria toda a área da mora.⁴¹ Seria adequado o entendimento se Código Civil contivesse disposição a respeito, equiparando a impossibilidade absoluta superveniente à inaptidão relativa e também superveniente do devedor para prestar.

Nessa seara discute-se a aplicação da teoria da impossibilidade econômica ou princípio da limitação do sacrifício, segundo a qual o devedor não deve ser obrigado simplesmente à satisfação do credor. Não há de ser obrigado além do que é razoável, em matéria de sacrifício.⁴²

Embora se reconheça o perigo de sua aplicação, a doutrina explica que em determinados casos concretos afastar a teoria seria impraticável. Veja-se:

A teoria é perigosa, por falta de critério seguro de limitação. Mas há casos em que outra solução seria impraticável. Por exemplo: comprou A a B, por x, o prédio e convencionou-se que o pagamento seria em dólares, por ser B domiciliado nos Estados Unidos da América, e com o câmbio entre a data da conclusão do contrato e a do recebimento do prédio e do pagamento, elevou-se

39 Ibidem, p. 155.

40 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 184.

41 COUTO E SILVA, Clóvis V. do, op. cit., p. 98 e ss.

42 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 191.

o preço para o triplo. A não tem com que pagar. Se recebeu o prédio, pode propor devolvê-lo. Se não o recebeu, pode alegar que não está insolvente, ou que teria de vender a única indústria de que vive.⁴³

Nota-se, contudo, pelo exemplo narrado, que a impossibilidade não decorre, propriamente, de impossibilidade econômica do devedor, mas pelo fato de o preço ajustado ter triplicado, devendo o intérprete adotar os critérios antes expostos a fim de se determinar a convalidação, ou não, da impossibilidade superveniente relativa em absoluta.

Demais disso, a necessidade, ou não, de venda de determinado bem para cumprimento de obrigação contratual se insere em esfera distinta da dos negócios jurídicos. Trata-se de tema que afeta a responsabilidade patrimonial do devedor, a ser avaliada à luz da garantia geral das obrigações e as exceções a tal garantia, como é o caso dos bens impenhoráveis, nos termos do artigo 391 do Código Civil.

Como esclarece Arnaldo Medeiros da Fonseca, “nem seria justo, em relação ao credor, perante quem o devedor assumiu sem reservas a garantia de executar a obrigação, exonerar este último de responsabilidade, por suas condições pessoais, mesmo quando outro indivíduo, em análogas condições exteriores de tempo, lugar e modo, teria podido cumprir o estipulado”.⁴⁴

A impossibilidade superveniente não deve ser, ademais, confundida com inadimplemento, apesar das hipóteses em que a impossibilidade é imputável ao obrigado, gerando, pois, efeitos idênticos aos do inadimplemento. No inadimplemento, contudo, a obrigação não foi cumprida no tempo, modo e lugar devidos, por culpa atribuível ao devedor, mas poderia ser materialmente adimplida. Na impos-

43 Loc. cit.

44 FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 116.

sibilidade imputável, a obrigação não se cumpre por impossibilidade de adimplemento da prestação que, contudo, se tornou impossível por culpa atribuível ao devedor.⁴⁵

2. Garantias acessórias e autônomas.⁴⁶

Antes de se adentrar ao impacto que a impossibilidade superveniente poderá ter nas relações de garantia, serão discutidas duas espécies de garantia, representativas de, talvez, a maior contraposição entre a acessoriedade e a autonomia, quais sejam, a fiança e a garantia autônoma.

Com o reconhecimento da existência de figuras que orbitam entre esses dois extremos,⁴⁷ espera-se que as discussões aqui propostas em relação às garantias autônomas e a fiança possam, mediante adaptações, ser também úteis para a avaliação das demais espécies de garantia que não se mostram inteiramente acessórias nem autônomas.

2.1. Garantias autônomas.

As garantias autônomas devem ser entendidas, nas palavras de Mónica Jardim, como:

45 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 155.

46 Parte do trabalho aproveita de conceitos desenvolvidos pelo autor exclusivamente quanto à garantia autônoma e fiança em: GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*. Instrumento para proteção jurídica do crédito. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

47 Veja-se, por exemplo, o caso do aval. Como ocorre nas garantias autônomas, o aval é também autônomo, pois prevalece ainda que a obrigação principal seja nula, ineficaz ou inexistente, a não ser que a nulidade decorra de algum vício de forma, conforme estabelece o parágrafo 2º, do artigo 899, do Código Civil. Na mesma linha disciplina a Lei Uniforme Relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, firmada em Genebra, em 1931, em seu artigo 32, que a obrigação do avalista se mantém, “mesmo no caso de a obrigação que êle garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma”. Diz-se, assim, ser o aval uma garantia substancialmente autônoma e formalmente acessória (GUILHARDI, Pedro, op. cit., p. 233). E, ainda, do seguro-garantia, cuja autonomia é limitada na relação entre segurador e segurado, ausente disposição em sentido contrário, por força do artigo 767 do Código Civil.

um tipo de garantia que, na fórmula mais comum, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada, ao beneficiário da garantia, logo que este prove o incumprimento de determinado contrato por parte do terceiro (contrato autônomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autônomo de garantia automática ou 'à primeira solicitação'), mas abdicando, desde logo, em ambos os casos, a opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante.⁴⁸

Trata-se de modalidade contratual atípica sob o ponto de vista do direito brasileiro, mas com aceitação doutrinária que corrobora a licitude de tal forma de contratação em respeito à autonomia privada, sendo aplicável por via dos usos e costumes.⁴⁹

Classifica-se como garantia pessoal que amplia a massa de bens sobre a qual o credor poderá satisfazer o seu crédito, por meio da responsabilização de um patrimônio pertencente a outrem.⁵⁰

É, ainda, especial – contrapondo-se à garantia geral prevista no artigo 391 do Código Civil –, pois visa a assegurar de maneira particular a satisfação do crédito do titular da garantia, em caso de não

48 JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 13. Nota-se que tal conceito parte daquele proposto por Francisco Cortez em *A garantia bancária autónoma*: alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52, 1992, p. 517.

49 Veja-se, a respeito da origem costumeira dessa modalidade de garantia, BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*: negociação, conclusão, prática. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 236 e 251.

50 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 60.

cumprimento da obrigação, desde a data da constituição da garantia⁵¹ (e não da obrigação, como ocorre na garantia geral), se não acordado em sentido diverso pelos contratantes no âmbito de sua autonomia privada.

Deve-se ter em mente, conforme será detalhado mais adiante, a existência de três relações jurídicas. A relação jurídica base, entabulada entre credor e devedor, e que enseja a obrigação do devedor à contratação da garantia autônoma em favor do credor; a relação jurídica que se estabelece entre o devedor na relação jurídica base (ora ordenador) e o garantidor; e, finalmente, a relação jurídica de garantia, que se estabelece entre credor da relação jurídica base (ora beneficiário) e garantidor.

A autonomia, conforme a definição trazida, diz respeito à irrelevância das relações existentes entre ordenador (devedor da relação jurídica base) e garantidor (banco ou entidade emitente da garantia) e entre beneficiário (credor da relação jurídica base) e ordenador.

Alcançando a relação jurídica entre ordenador e o garantidor, a autonomia significa que não poderá o garantidor ou qualquer das partes alegar vícios ou inadimplementos em relação à contratação da garantia pelo ordenador perante o garantidor para se eximir do pagamento da prestação objeto da garantia.⁵²

Da autonomia decorre, igualmente, a renúncia pelo garantidor de opor ao beneficiário exceções resultantes, primeiro, da relação do garantidor com o garantido/ordenador; segundo, da relação jurídica base, formada entre beneficiário e garantido/ordenador – tudo para assegurar o recebimento pelo beneficiário da prestação da garantia emitida em seu favor.

51 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 2, 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 418.

52 AFFAKI, Georges; GOODE, Roy. *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*. ICC Services Publications: Paris, 2011, p. 77.

Tema relevante é a determinação dos efeitos que eventual coligação contratual dos diferentes negócios jurídicos que culminam com a contratação das garantias autônomas, pois poderia criar entraves ao resguardo da autonomia.

É preciso distinguir a natureza coligada de duas contratações, insuscetível de ser afastada por acordo dos contratantes, dos efeitos da coligação contratual. A existência de contratos coligados não implica a verificação de todas as consequências jurídicas da coligação,⁵³ como também podem as partes, no âmbito da autonomia privada, afastar os efeitos atinentes à coligação.

E assim o fazem na contratação da garantia autônoma, quer seja expressamente, por meio de cláusula contratual inserta no documento firmado, quer seja por via tácita, ao saberem da natureza jurídica da contratação que estão efetivando.

2.1.1. Determinação da relação de garantia.

A garantia é estabelecida, na maioria das situações,⁵⁴ por meio de uma estrutura triangular,⁵⁵ em que diferentes relações jurídicas e obrigações, alheias à relação jurídica base, se formam. Há, de um lado, o ordenador, normalmente o devedor na relação jurídica base; de outro lado, o beneficiário, necessariamente o credor da relação jurídica base; e por fim o garantidor, que recebe do ordenador o pedido de emissão da garantia em favor do beneficiário.

No âmbito da relação jurídica base se forma uma relação de atribuição⁵⁶ em que se funda a contratação subsequente da garantia.

53 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

54 Exceção feita às hipóteses em que se faz necessário o acréscimo de outro banco, formando-se uma relação quadrangular.

55 BASSO, Maristela, op. cit., p. 236.

56 Conforme nomenclatura utilizada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 143).

Nada impede que a relação jurídica base possa advir de uma relação jurídica extracontratual.⁵⁷ De qualquer modo, é no contexto de tal relação que se fixa a obrigação de o devedor contratar e ordenar a emissão de uma garantia autônoma em benefício do credor, o beneficiário. Podem os contratantes estabelecer aqui o texto que constará da garantia, sua modalidade, a instituição que figurará como garantidora, o prazo para emissão do documento etc. Nada impede que o credor da relação jurídica base exija a prévia emissão da garantia como condição para a celebração do contrato ou para que possa produzir efeitos, atuando no plano de sua eficácia.

A segunda relação estabelecida, sem adentrar ao debate acerca de sua natureza no presente momento, entendida pelo autor como um mandato sem representação, se afigura na prestação da garantia pelo garantidor segundo as instruções do ordenador, constituindo o credor da relação jurídica base como beneficiário da garantia,⁵⁸ mediante certa retribuição. É em tal plano que se forma uma relação de cobertura⁵⁹ entre ordenador e garantidor.

Uma vez aceita a emissão da garantia nos termos solicitados pelo ordenador, ordenador e garantidor celebrarão um contrato pelo qual o garantidor se obriga perante o ordenador da ordem, mediante uma contrapartida, a celebrar com o beneficiário o contrato de garantia e efetuar a entrega da prestação prevista no instrumento da garantia, uma vez ocorrido o evento nele especificado.⁶⁰

Em referido contrato firmado entre ordenador e garantidor, estabelecem-se, entre outros regramentos, o direito de reembolso do garantidor caso efetue o pagamento previsto na garantia em favor do

57 CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 552.

58 BASSO, Maristela, op. cit., p. 239.

59 Conforme nomenclatura utilizada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, op. cit., p. 143).

60 JARDIM, Mônica, op. cit., p. 49.

beneficiário, as eventuais garantias a ser prestadas pelo ordenador frente ao garantidor, incluindo-se a possibilidade de o garantidor, caso seja instituição financeira na qual o ordenador movimente ou invista recursos, levantar numerário do ordenador naquele banco.⁶¹

Por fim, a relação de garantia propriamente dita, no seio da qual o garantidor obriga-se perante o beneficiário a lhe pagar a prestação avençada tão logo lhe seja apresentada pelo beneficiário a prova do incumprimento da prestação garantida (garantia autônoma simples) ou logo que simplesmente o beneficiário interpele o garantidor para lhe pagar a prestação (garantia autônoma à primeira demanda).

No que tange aos seus efeitos, a relação de garantia revela um contrato unilateral ou não-sinalagmático, eis que gera obrigação apenas para o garantidor, não havendo uma contraprestação ao garante pelo beneficiário.⁶²

Essencialmente, por meio da garantia autônoma, o garantidor assegura ao beneficiário a verificação de um certo resultado, sem que se obrigue a produzir tal resultado, responsabilizando-se pelo risco da sua não realização, mediante o pagamento ao beneficiário de quantia monetária pré-acordada, independentemente de culpa do ordenador. Não assume, portanto, a obrigação de cumprir a prestação tal qual assumida pelo ordenador,⁶³ mas outra,⁶⁴ própria do garantidor perante o beneficiário, sem qualquer intervenção do ordenador, o que é fator determinante para também se aferir a autonomia do instrumento de garantia perante o negócio jurídico subjacente.

61 CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 523.

62 MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 141. No mesmo sentido: VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, op. cit., p. 130.

63 JARDIM, Mônica, op. cit., p. 36.

64 Ainda que coincidentes em termos de natureza. Por exemplo, a prestação contida na relação jurídica subjacente pode representar quantia monetária, ao passo que a prestação da garantia autônoma será também representada por uma obrigação pecuniária, geralmente em percentual pré-estabelecido do montante global da obrigação principal.

O pagamento pelo garantidor dá ensejo a duas consequências principais: primeiro, nasce a pretensão do garantidor de se ver ressarcido por sub-rogação, que se opera não *ope legis*, mas em razão de convenção,⁶⁵ nos direitos que o beneficiário tinha contra o ordenador.⁶⁶ Ausente convenção, pode o garantidor se socorrer das regras dos artigos 676 e 678 do Código Civil, relativas ao mandato.⁶⁷ O garantidor, portanto, constitui-se credor do ordenador tão logo o pagamento ocorra, podendo exercer o seu direito de regresso;⁶⁸ segundo, sendo a prestação da garantia distinta daquela do contrato base, remanescendo ao beneficiário interesse útil no adimplemento da obrigação assumida pelo ordenador no contrato base, poderá assim perseguir, sem prejuízo de eventual indenização, tudo a depender, evidentemente, dos termos e contexto da contratação entre ordenador e beneficiário.

No âmbito da relação de garantia, a prestação prevista deve representar uma soma em dinheiro, independentemente da natureza da obrigação assumida na relação jurídica base.⁶⁹

Apesar da liberdade de acordo relativamente à natureza da prestação em caso de chamamento da garantia, certo é que se deve ter em conta a pertinência entre a prestação e os negócios desenvolvidos pelo garantidor. Mais importante, deve a prestação ser suscetível à avaliação pecuniária objetiva, isto é, por mera conversão de valores, taxas ou cotações. Daí porque se diz que a prestação do garantidor é um objeto monetário⁷⁰ ou pecuniário.⁷¹

65 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. In: WALD, Arnaldo (org.). *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 869.

66 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, op. cit., p. 146.

67 GUILHARDI, Pedro, op. cit., p. 178.

68 MATIAS, Armindo Saraiva. *Garantias bancárias activas e passivas*. Lisboa: Scripto, 1999, p. 34.

69 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 125.

70 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 212.

Por outro lado, a previsão na garantia autônoma de uma prestação *in natura*, em que o garantidor se obriga ao cumprimento da prestação inadimplida na relação jurídica base, arcando com todos os seus custos, não se mostra recomendável, pelo menos no âmbito da prática das garantias autônomas, ante a dinâmica e liquidez buscada em tal modalidade. Se assim ocorrer, ter-se-á outra figura – a *surety bond*⁷² que não engloba o escopo do presente trabalho.

2.2. Fiança.

A fiança é regulada no âmbito do direito civil brasileiro pelos artigos 818 e seguintes do Código Civil. Deve ser entendida como o contrato típico, por meio do qual “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.⁷³

Trata-se de garantia que pressupõe a existência de segundo patrimônio, o do fiador que vai, cumulativamente com o patrimônio do devedor, responder pelo pagamento da dívida, em reforço quantitativo de satisfação de seu crédito.⁷⁴ Em acréscimo ao devedor, que responde por dívida própria com o seu patrimônio, tem-se o fiador, que responde por dívida alheia com patrimônio próprio.⁷⁵

Tendo como critério os efeitos, a fiança pode ser tanto bilateral quanto unilateral, ao contrário das garantias autônomas que são

71 MATIAS, Armindo Saraiva, op. cit., p. 33.

72 Em países da common law inglesas e americanas, as empresas que assumem tal modalidade de prestação são denominadas *bonding companies*. Alguns garantidores, como companhias de seguros, podem se comprometer não só ao pagamento de quantias em dinheiro mas também, alternativamente e geralmente à escolha do garantidor, a adotar outras medidas necessárias em vista da execução do contrato (STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 165).

73 Código Civil, artigo 808.

74 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, op. cit., p. 83.

75 MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 87.

unilaterais. Em se tratando de fiança onerosa, em que se pactua remuneração devida ao fiador, há obrigações principais e correlativas para ambos os contratantes, hipótese em que o contrato será bilateral. De outro lado, sendo o contrato gratuito, tem-se obrigações apenas por parte do fiador, de modo que será o contrato unilateral.⁷⁶

A fiança tem caráter acessório,⁷⁷ característica que lhe é imprescindível e, portanto, inderrogável, ainda que por acordo entre as partes.⁷⁸ Se assim o fizerem, contrataram outra modalidade de garantia, mas não a fiança.

A acessoriedade significa que “a existência de um fiador na relação de obrigação representa para o credor uma garantia secundária em relação à normal garantia patrimonial que dispõe contra o devedor principal”,⁷⁹ ao passo que nas garantias autônomas “o garantidor não assume o débito do devedor, mas se obriga para com o credor [beneficiário] através da assunção de dívida própria, avocando para si a responsabilidade pelo risco de não-pagamento da obrigação assegurada”.⁸⁰

Como explica Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, “em razão da acessoriedade, deve haver uma identidade entre as prestações que resultam da fiança e da obrigação principal” – o que não quer dizer que, sob o ponto de vista ontológico, o objeto da fiança se confunda

76 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

77 O Código Civil brasileiro deixa clara em diversos artigos a acessoriedade da fiança. Veja, por exemplo: “Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor”. “Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.”

78 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 87; FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 54.

79 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, op. cit., p. 868.

80 Loc. cit.

com o da obrigação principal, mas sim que este constitui a medida daquele.⁸¹

Em outras palavras, a prestação da fiança equivale à prestação do afiançado perante o seu credor, constituindo-se obrigação de adimplemento.⁸² Fala-se, ainda, de “mesmo objeto da obrigação principal”.⁸³ São dois patrimônios respondendo pela mesma dívida.⁸⁴ Assume o fiador obrigação equivalente à do afiançado.⁸⁵

Efeito da acessoriedade é que a fiança fica subordinada à obrigação afiançada,⁸⁶ e a acompanha, embora não se confunda com o contrato principal, que é diferente, pois acessoriedade não se confunde com identidade.⁸⁷ De maneira ampla, diz-se que, em razão da acessoriedade, a extinção da obrigação principal acarreta a extinção da fiança, que se opera automaticamente. Há, portanto, dependência extintiva.⁸⁸

No âmbito da validade, a acessoriedade determina que a invalidade do negócio principal contamina a fiança, nos termos do artigo 184 do Código Civil, exceção feita à nulidade do negócio principal decorrente de incapacidade pessoal do afiançado, não sendo mútuo

81 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 123.

82 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, op. cit., p. 863-874, p. 872.

83 ATAÍDE, Daniel Medina. A garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (coord.). *Garantias das obrigações*: publicações dos trabalhos do mestrado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 175-205, p. 190.

84 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 94.

85 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. Garantias bancárias autônomas e as regras uniformes para garantias sob demanda da câmara de comércio internacional. In: BASSO, Maristela; PRADO, Maurício Almeida; ZAITZ, Daniela (coord.). *Direito do comércio internacional*: pragmática, diversidade e inovação. Estudos em homenagem ao professor Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2005, p. 301.

86 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 87.

87 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 53.

88 SILVA, João Calvão da. Garantias acessórias e garantias autônomas. In: *Estudos de direito comercial* (Pareceres). 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 334.

feito a pessoa menor. Do mesmo modo, a eficácia da fiança estará subordinada à exigibilidade do negócio principal, de modo que a sujeição do negócio principal a termo, condição ou encargo afetará a fiança do mesmo modo que a obrigação garantida.⁸⁹

Havendo acessoriedade, poderá o fiador opor à pretensão do credor as exceções que competiriam ao devedor principal, de modo que, “havendo motivo de descumprimento por parte do afiançado, escusa-se o fiador do pagamento com base nesse mesmo motivo, independentemente de sua natureza”.⁹⁰

Explica-se daí a razão de ser da parte final do artigo 823 do Código Civil, não se admitindo a fiança que ultrapasse o valor da dívida afiançada ou que seja mais onerosa do que esta.⁹¹ Fiador e afiançado são devedores de prestações equivalentes, embora possam não ser idênticas quanto à extensão. Não pode, portanto, a obrigação da fiança ser diversa da obrigação do afiançado, sob pena de uma *contraditio in adjecto*, em violação à natureza acessória da fiança.⁹²

Poderá, por outro lado, a fiança ser limitada, conforme estatui o artigo 823 do Código Civil, respondendo o fiador na exata medida daquilo que afiançou. A limitação poderá abranger a assunção pelo fiador de somente parte das prestações assumidas pelo afiançado perante o credor ou a assunção das prestações assumidas em caráter menos oneroso.⁹³

Há, contudo, a possibilidade de a fiança ser firmada para garantir o pagamento de uma indenização ou multa pelo não cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer do afiançado,⁹⁴

89 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 55.

90 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez, op. cit., p. 301.

91 BARRETO, Lauro Muniz. *Direito bancário*. São Paulo: Universitária do Direito, 1975, p. 404.

92 Ibidem, p. 405.

93 MATIAS, Armindo Saraiva, op. cit., p. 24.

94 SODERO FILHO, Fernando Pereira. *Garantias nas operações de crédito*. Cadernos IBCB 8, p. 33.

desde que a indenização ou multa constituam obrigações resultantes da relação jurídica principal.

Uma vez paga a integralidade da dívida, o fiador sub-roga-se no direito do credor, operando-se a sub-rogação legal, prevista no artigo 831 do Código Civil. Cumulativamente, tem o fiador direito a ser indenizado pelos prejuízos suportados pelo, nos termos do artigo 832 do Código Civil, além dos juros legais, caso não tenha sido contratada outra taxa, conforme texto do artigo 883 do Código Civil.⁹⁵

O pagamento integral da dívida pelo fiador, em caso de fiança ilimitada, dada a identidade das prestações, extingue a obrigação do afiançado perante o credor, embora o afiançado deva responder perante o fiador. Em se tratando de fiança limitada, a obrigação do afiançado perante o credor é extinta até o limite do valor pago, remanescendo quanto ao saldo restante.

2.2.1. Determinação da relação de garantia.

A fiança abrange uma estrutura tripartite, em relação triangular,⁹⁶ a exemplo do que ocorre com as garantias autônomas. Tem-se, de um lado, o devedor da relação jurídica base, denominado afiançado; de outro lado o credor da mesma relação, beneficiário da fiança; e o fiador, aquele que garante a obrigação assumida pelo afiançado perante o credor.

A existência da estrutura tripartite não deve ser entendida, da mesma maneira como acontece com as garantias autônomas, como a formação de um contrato de fiança envolvendo três pessoas, embora se admita a existência de um contrato plurilateral formado entre credor, devedor e fiador.⁹⁷ A fiança integra um complexo de relações jurídicas coligadas, denominadas de operação de fiança.⁹⁸

95 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 162-163.

96 Ibidem, p. 48.

97 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, op. cit., p. 86.

98 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 47.

Com efeito, a fiança é firmada entre fiador e credor diretamente, aperfeiçoando-se o contrato com a chamada relação externa, que é a relação fidejussória propriamente dita,⁹⁹ mesmo sem consentimento ou contra a vontade do devedor, a teor do artigo 820 do Código Civil. É a relação equivalente à de garantia que se estabelece no âmbito da garantia autônoma.

O controle de vários aspectos da relação fidejussória, dada a sua acessoriedade, é dado pela relação credor-afiançado, designada de valuta ou interna. É a relação que dá nascimento às obrigações garantidas.¹⁰⁰ Equivale à relação jurídica base no âmbito da operação envolvendo a contratação da garantia autônoma.

3. Impossibilidade superveniente e relações de garantia.

3.1. Nas garantias autônomas.

Serão avaliados os cenários de impossibilidade superveniente absoluta, impossibilidade superveniente absoluta parcial e impossibilidade absoluta temporária, excetuando-se a impossibilidade superveniente relativa, pois não se presta a decretar a inimputabilidade do devedor, bem assim não extingue a relação contratual, isto é, são incapazes de produzir quaisquer efeitos na relação jurídica.

Dada a autonomia de que se revestem as garantias estudadas no presente item, os cenários serão divididos, conforme afetem a relação jurídica base ou a relação de garantia. A divisão se justifica por se tratar de negócios jurídicos com credores e devedores distintos, bem assim contemplando prestações distintas, pois, vale lembrar, a

99 Loc. cit.

100 Loc. cit.

prestação devida pelo garante é própria em favor do beneficiário e não correspondente àquela do contrato subjacente.

3.1.1. Impossibilidade superveniente absoluta.

3.1.1.A) Da relação jurídica base.

Retoma-se que a relação jurídica base não tem perfeita identidade de contraentes que figuram no contrato de garantia. Apenas o credor da relação jurídica base figura em ambos os negócios jurídicos, também como credor no âmbito da relação de garantia, sob a denominação de beneficiário.

Deve-se ter em mente, ainda, tratar-se o contrato de garantia de obrigação própria do ente garantidor perante o beneficiário, a ser regulada pelos termos do contrato de garantia – e não por quaisquer outras disposições da relação jurídica base.

Por fim, necessário determinar que a prestação da relação jurídica base, objeto da garantia prestada em benefício do beneficiário, não correspondente à prestação contida na relação de garantia.

Anota-se a posição de Luciano Pontiroli,¹⁰¹ segundo o qual, contudo, o garantidor assume o cumprimento de uma obrigação secundária – e não primária – correspondente a um percentual do valor do contrato base conforme estipulação desse mesmo instrumento. De tal modo, afirma o autor que a obrigação do garantidor corresponde à obrigação do ordenador perante o beneficiário, fixada por meio de uma cláusula penal.

Não parece ser adequado o enquadramento citado. E tal se dá porque a obrigação constituída por meio da garantia autônoma inde-

101 Ver a esse respeito: JARDIM, Mônica, op. cit., p. 36-37.

pende da existência de culpa do ordenador para surgir a obrigação de pagamento pelo garantidor, pois, como esclarece Mônica Jardim, em tal modalidade, “o beneficiário fica ao abrigo do risco de incumprimento, mesmo do incumprimento conexo com circunstâncias inimputáveis ao devedor”,¹⁰² o que não aconteceria se se tratasse de uma garantia ao cumprimento de cláusula penal, cujo pressuposto é a existência de uma infração culposa da obrigação primária, independentemente da natureza da cláusula penal.¹⁰³

O fato, ademais, de a prestação contida na garantia corresponder a um percentual do valor do contrato base apenas ratifica a ausência de identidade entre as prestações que, ademais, tem credores e devedores, em cada caso, distintos. A natureza da prestação pode ser idêntica, mas não significa que a prestação garantida seja tal qual ou mesmo corresponda à prestação contida no contrato de garantia.

Colocados tais elementos, ausente a estipulação contratual em sentido diverso, está o beneficiário assegurado dos riscos que advenham de impossibilidade de cumprimento da obrigação garantida em caso de incumprimento decorrente de eventos não imputáveis ao ordenador – isto é, o pagamento independe da culpa do ordenador no contexto de seu inadimplemento. Em resumo, poderá o beneficiário ver-se ressarcido pela prestação prevista na garantia em caso de eventos excepcionais e imprevisíveis, força maior etc.¹⁰⁴

Tem-se, assim, que a impossibilidade superveniente absoluta que venha afetar a continuidade da relação jurídica base não tem o condão de, por si só, impedir o acionamento da garantia e, preenchidos os requisitos contidos no instrumento de garantia, tampouco obstam o pagamento do valor garantido, salvo hipóteses excepcionais de flagrante abuso de direito e má-fé pelo beneficiário.

102 Ibidem, p. 37.

103 Ibidem, p. 36-38.

104 Ibidem, p. 39.

O que se deve ter em mente, contudo, é que a discussão sobre a ocorrência de evento superveniente absoluto e seus efeitos perante o contrato base dar-se-á sob a modalidade *solve et repete*, isto é, beneficiário demanda e recebe o valor garantido e, em paralelo, se de interesse do ordenador, deve ele acionar o beneficiário para litigar sobre a relação jurídica base. Caso o ordenador saia vitorioso da disputa, então deverá ser restituído dos valores pagos no âmbito da relação de garantia.

3.1.1.B) Da relação de garantia.

Entende-se que, por ter a relação de garantia (no caso das garantias autônomas aqui referenciadas) prestação pecuniária, a relação estabelecida entre beneficiário e ordenador não poderá, em tese, ser atingida por impossibilidade superveniente absoluta e definitiva, mas apenas temporária – o que será visto adiante.

Ainda que se considere um cenário de alteração de moeda, seu padrão ou tipo, “é preciso levar em conta que o dever de prestar em dinheiro não se refere a determinada moeda; mesmo que o padrão ou o tipo da moeda seja modificado em geral, nem por isso terá ocorrido a impossibilidade de prestar. Essa conclusão é corolário do valor-soma dinheiro”.¹⁰⁵

Sob o ponto de vista do beneficiário, deve-se lembrar que o contrato de garantia é não-sinalagmático, pelo que não há, pelo beneficiário, qualquer obrigação perante o garantidor. Assim, não poderá a prestação ser atingida por impossibilidade superveniente absoluta, eis que inexistente qualquer prestação.

¹⁰⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do, op. cit., p. 146.

3.1.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial.

3.1.2.A) Da relação jurídica base.

No âmbito da relação jurídica base, acaso eventos supervenientes e não imputáveis acarretem impossibilidade parcial da prestação, constatou-se que o devedor estará liberado da parte afetada pelo evento, mantendo-se a relação obrigacional no que se refere à parte não atingida pelo infortúnio, desde que mantido o interesse útil ao credor.

Seria, assim, intuitivo, a exemplo do que ocorre no regramento dos artigos 235 e 567 do Código Civil, o abatimento da contraprestação devida pelo credor, mas também a alteração dos termos da garantia, em especial do valor garantido, assumindo-se que os riscos a que se submeteu originariamente o credor sejam reduzidos com a impossibilidade superveniente e parcial da prestação.

De fato, a impossibilidade superveniente parcial, que reduza a prestação e contraprestação devidas por devedor e credor, respectivamente, possibilita aos contraentes acordar a redução do valor garantido, exigindo-se, para tanto, em razão da autonomia e independência do instrumento de garantia frente ao contrato base, aditivo à garantia autônoma, que em nenhuma medida se alterará automaticamente apenas por alterações havidas no âmbito da relação jurídica subjacente.

O aditamento das garantias autônomas é um importante mecanismo para manter os seus termos de acordo e atualizados com as evoluções obrigacionais entre ordenador e beneficiário da relação jurídica base. Devem a ele consentir o ordenador – mediante ordem ou autorização ao beneficiário para implementação do aditivo –, o garantidor – cuja emissão da garantia aditada faz presumir o seu consentimento – e, finalmente, o beneficiário, que deverá assentir com o aditivo perante o garantidor.

Tendo em vista que se trata de instrumento autônomo, seu valor, por exemplo, não pode automaticamente se ajustar para refletir adimplementos parciais realizados no contexto da relação jurídica base. Assim, por exemplo, uma garantia autônoma emitida com valor de R\$ 1.000,00 para assegurar o pagamento de dez prestações mensais de R\$ 100,00 não pode ter o seu montante reduzido, ainda que não haja controvérsia em relação ao cumprimento das prestações periódicas.

Em regra, a garantia, enquanto não aditada, para o fim de reduzir o valor garantido decorrente da impossibilidade superveniente absoluta parcial de certa obrigação contida no contrato subjacente, continua a ser passível de demanda para pagamento pelo valor integral até o seu vencimento, desde que cumpridas as condições documentárias previstas no instrumento respectivo e desde que não configurado manifesto abuso de direito ou má-fé do beneficiário. Cabe-ria, *a posteriori*, ao ordenador, reaver o montante eventualmente pago a maior em disputa voltada para essa finalidade, quer seja arbitral ou judicial.

Por outro lado, nada impede que a própria garantia contenha regras disciplinando a redução do seu montante, quer seja por ocasião de uma certa data, quer seja pela ocorrência de determinado evento.¹⁰⁶ Como explica Irineu Strenger, em se tratando de garantia de adiantamento de sinal, por exemplo, pode ser oportuno conven-cionar no texto da garantia a redução *pro rata* de seu montante, à medida que devoluções parciais sejam efetuadas pelo ordenador, da mesma maneira que as garantias de boa execução podem ter seu va-lor reduzido em contrapartida à execução parcial das obrigações da relação jurídica base.¹⁰⁷

Nesse contexto, mostra-se cada vez mais frequente – por exemplo em contratos de engenharia – a previsão na garantia de

106 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez, op. cit., p. 313.

107 STRENGER, Irineu, op. cit., p. 161.

emissão de um certificado de progresso, por um terceiro, como forma de validamente promover a redução do valor garantido, de acordo com o progresso dos serviços prestados.¹⁰⁸

3.1.2.B) Da relação de garantia.

Em razão da natureza pecuniária da prestação de garantia, que, aliás, é unilateral em seus efeitos – posto que a prestação é devida pelo garante ao beneficiário tão-somente –, tem-se, até o limite dos conhecimentos acumulados, que a prestação pecuniária não é suscetível de impossibilidade absoluta superveniente parcial, tornando prejudicada a discussão a respeito da inimputabilidade e da extinção do vínculo obrigacional de garantia.

3.1.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária.

3.1.3.A) Da relação jurídica base.

Tal qual ocorre na hipótese de impossibilidade superveniente parcial e absoluta definitiva, a impossibilidade superveniente absoluta, mas temporária, não impedirá que o beneficiário acione o garantidor para que cumpra a obrigação prevista na garantia, respeitadas as condições documentárias do instrumento, bem assim ausente abuso de direito e má-fé pelo beneficiário.

Apenas com eventual aditamento da garantia, mediante consentimento dos envolvidos nos termos já delineados em item anterior, reconhecendo-se a impossibilidade superveniente temporária, é que estará o beneficiário impedido de desde logo acionar a garantia.

108 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez, op. cit., p. 314.

Evidentemente, em se tratando a obrigação subjacente de negócio jurídico fixo, e desde que a impossibilidade superveniente manifeste efeitos até o dia em que seria satisfeita a obrigação ou até quando deveria ter sido adimplida, ou, ainda, cessado o interesse útil ao credor, a impossibilidade converter-se-á em definitiva, pelo que o acionamento da garantia se mostra cabível em tal hipótese, ao mesmo tempo em que eventual aditamento da garantia seria incompatível com o término do vínculo obrigacional.

Eventuais discussões relativas à ocorrência, ou não, da impossibilidade superveniente absoluta temporária, deverá se dar em momento posterior ao acionamento pelo beneficiário e pagamento pelo garantidor da prestação avençada, em procedimento judicial ou arbitral próprio, conforme o caso, envolvendo ordenador e beneficiário.

3.1.3.B) Da relação de garantia.

A prestação pecuniária que constitui a obrigação de garantia é passível, em hipóteses excepcionais, de ser afetada de maneira absoluta temporariamente. Veja-se:

Também nas prestações em dinheiro pode-se verificar, ainda que temporariamente, a impossibilidade absoluta ou objetiva de pagar, nos termos em que a entendemos, quando, por exemplo, em consequência de uma revolução, ou de um ato governamental, são fechados todos os bancos e estabelecimentos, criando-se, assim, um obstáculo geral à obtenção de recursos pecuniários.¹⁰⁹

Havendo tal obstáculo intransponível para a obtenção de recursos, tem-se a impossibilidade absoluta temporária, pelo que,

109 FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 191.

como já antes delineado, a exigibilidade da prestação ficará suspensa, bem assim não incidirão os efeitos da mora, pelo que o pagamento poderá ser escusado pelo garantidor, enquanto perdurar a impossibilidade absoluta.

3.2. Na fiança.

Tal qual nas garantias autônomas, apenas não será objeto de estudo a impossibilidade superveniente relativa, pois incapaz de produzir quaisquer efeitos na relação jurídica.

Dada a acessoriedade de que se reveste a fiança, por outro lado, não serão tratadas de maneira distinta a relação jurídica subjacente da relação jurídica de garantia, pois segue, na maior parte dos casos, regimes idênticos, ante a correspondência da prestação em ambos os negócios jurídicos.

3.2.1. Impossibilidade superveniente absoluta.

A equivalência entre as prestações da relação interna e fidejussória da fiança permite concluir que a impossibilidade superveniente absoluta atingirá, de igual maneira, ambas as relações obrigacionais, quer seja do credor e devedor, quer seja do credor e fiador. Extingue-se, portanto, tanto o contrato principal, quanto o seu acessório.

Mesmo na hipótese de fiança cuja prestação é de pagamento de multa ou indenização em favor do credor, vinculada ao incumprimento do contrato principal pelo devedor, resta evidente que, não havendo imputabilidade ao devedor, estará igualmente o fiador exonerado da obrigação de pagamento, com extinção do vínculo obrigacional, pois a indenização ou multa, para serem exigíveis, dependerão da imputabilidade ao devedor.

3.2.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial.

Na ocorrência de eventos supervenientes e não imputáveis que acarretem impossibilidade parcial da prestação, constatou-se que o devedor estará liberado da parte afetada pelo evento, mantendo-se a relação obrigacional no que se refere à parte não atingida pelo infortúnio, desde que mantido o interesse útil ao credor.

Em razão da acessoriedade e identidade das prestações da relação fidejussória e externa, a prestação do fiador será reduzida na mesma medida e extensão da parte afetada pela impossibilidade, independentemente de aditamento da garantia.

Eventual fiança que tenha por prestação o pagamento de multa ou indenização pré-fixada ao credor, em caso de descumprimento da relação externa pelo devedor, terá, em princípio, também a prestação da relação fidejussória reduzida na mesma medida e proporção da parcela da prestação afetada pelo evento que acarretou a impossibilidade parcial, respeitada a intenção comum dos contraentes e contexto da contratação de tal multa e/ou indenização.

É preciso identificar, no caso concreto, se a impossibilidade que afetou parte da prestação teria o condão de, efetivamente, reduzir eventuais perdas pelo credor, pois ainda que parcela da prestação tenha se tornado inexigível, o prejuízo a ser experimentado pelo credor pode não ser menor apenas porque houve impossibilidade absoluta parcial.

A redução proporcional do *quantum* indenizatório pré-fixado na relação fidejussória, a depender da situação fática e do contexto da contratação, poderá ser reduzido com fundamento no artigo 413 do Código Civil, mediante apreciação equitativa do julgador, que poderá levar em consideração a impossibilidade que atingiu parte da obrigação inserida no âmbito da relação credor-devedor, desde que, evidentemente, objetivamente aferível a redução da dívida garantida.

Havendo pelo fiador apenas a obrigação de indenizar o credor, sem pré-fixação da quantia, mas das perdas incorridas e devida-

mente comprovadas, então a obrigação restará ilesa, atingindo, possivelmente, apenas o *quantum* de futuro pleito indenizatório devido ao credor, já que parte da prestação havia sido atingida por impossibilidade.

3.2.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária.

A ocorrência de evento que acarreta a impossibilidade superveniente absoluta, mas temporária, terá o efeito de tornar inexigível, enquanto perdurar a impossibilidade, as prestações, tanto advindas da relação externa, quanto a que lhe corresponde na relação fidejussória.

Fianças que assegurem indenização ou multa ao credor em função de descumprimentos no âmbito da relação devedor-credor não serão exigíveis em função da impossibilidade temporária, ausente imputabilidade ao devedor.

Conclusão.

Sob o ponto de vista da impossibilidade da prestação, o trabalho pretendeu absorver conceitos e interpretações recentes que, de alguma maneira, se descolam de antigas percepções doutrinárias brasileiras sobre o tema.

Por exemplo, demonstrou-se que o efeito da extinção do vínculo obrigacional não se refere à classificação da impossibilidade como subjetiva ou objetiva, mas sim à luz da relatividade ou do caráter absoluto da impossibilidade.

De igual modo, objetivou estabelecer contornos suscetíveis de aplicação em casos concretos relativos à impossibilidade de prestar por insuficiência de recursos por parte do devedor, sendo certo que no âmbito do vínculo obrigacional, ausente regramento em sentido

diverso pelo ordenamento civil, a obrigação continua sendo exigível – devendo o tema ser apreciado à luz da responsabilidade patrimonial e às exceções da garantia geral, como é o caso dos bens impenhoráveis.

Desenvolvidos tais conceitos, entrelaçou-se a impossibilidade superveniente com o tema das garantias, sob a lupa da autonomia e da acessoriedade, que traduzem, em realidade, a vinculação da garantia a um negócio jurídico subjacente. Embora pareça ser tal metodologia apenas uma, entre outras, que possam tratar da impossibilidade nas relações de garantia, entende-se ser a mais adequada, pois não desfigura as finalidades precípua de cada modalidade de garantia.

Espera-se que as soluções propostas para a fiança e garantias autônomas possam ser úteis, de igual modo, para figuras que se encontrem no meio do caminho entre a acessoriedade e autonomia.

A PRÉ-OFFERTA DE FRANQUIA PELAS *STARTUPS* À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO¹

THE FRANCHISE PRE-OFFER BY STARTUPS IN THE LIGHT OF BRAZILIAN LAW

*Daniela dos Santos Ferreira de Almeida
Leonardo da Silva Sant'Anna*

Resumo: A capacidade de inovar está intimamente relacionada ao desenvolvimento econômico de um país ou região. No Brasil, verifica-se um movimento do Poder Central com o intuito de estimular as empresas de inovação ou *startups*. Apesar disso, o artigo destaca que o foco das primeiras iniciativas recai sobre os mecanismos que facilitam a formalização dessas empresas, consideradas de micro ou pequeno porte, desburocratizando, inclusive, o seu encerramento precoce. Não há no ordenamento pátrio, entretanto, qualquer disposição acerca da expansão das *startups* por meio de franquias. Nesse contexto, o artigo tem por objetivo investigar a existência de características próprias da realidade das *startups* que sejam incompatíveis com as vantagens atribuídas ao modelo de franquia tradicional e, sendo o caso, sugerir alternativas para minimizar as barreiras de entrada dessas organizações no sistema de franquia empresarial. Além do método de abordagem qualitativo, a pesquisa adota os procedimentos documental e bibliográfico, tendo por base, em especial, a análise da legislação, bem como de trabalhos científicos e obras especializadas no assunto, respectivamente. Segundo o estudo, as características intrínsecas às *startups* parecem repelir as principais vantagens associadas ao sistema de franquias, dentre elas, a diminuição dos riscos do negócio para o franqueado. A fim de tornar mais seguro o processo de aquisição de franquias oferecidas por *startups*, o artigo propõe a

¹ Artigo recebido em 25.06.2021 e aceito em 10.08.2021.

criação de um instrumento de pré-oferta de franquia com requisitos diferenciados. Ademais, a proposta permite ampliar a possibilidade de captação de recursos pelas *startups*, favorecendo ainda a estratégia de expansão dessas organizações.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Empresas. Franquia. Inovação.

Abstract: The ability to innovate is closely related to the economic development of a country or region. In Brazil, there is a movement of the Central Power with the aim of stimulating innovation companies or startups. Nevertheless, the article points out that the focus of the first initiatives is on the mechanisms that facilitate the formalization of these companies, considered micro or small, even facilitating its early closure. There is no provision in the Brazilian law, however, about the expansion of startups through franchises. In this context, the article aims to investigate the existence of specific characteristics of the reality of startups that are incompatible with the advantages attributed to the traditional franchise model and, if applicable, suggest alternatives to minimize the barriers to entry of these organizations in the business franchise system. In addition to the qualitative approach method, the research adopts documentary and bibliographic procedures, based, in particular, on the analysis of legislation, as well as scientific works and works specialized in the subject, respectively. According to the study, the intrinsic characteristics of startups seem to repel the main advantages associated with the franchise system, including the reduction of business risks for the franchisee. In order to make the process of acquiring franchises offered by startups safer, the article proposes the creation of a franchise pre-offer instrument with different requirements. Furthermore, the proposal allows for the expansion of fundraising possibilities for startups, further favoring the expansion strategy of these organizations.

Keywords: Development. Companies. Franchise. Innovation.

Sumário: Introdução. 1. Os desafios e os benefícios do modelo de franquia empresarial.

2. O sistema de franquia empresarial segundo a Lei nº. 13.966/2019. 3. O marco legal das *startups* e o incentivo à inovação. 4. A pré-oferta de franquia pelas *startups*. Conclusão.

Introdução.

A *startup* representa uma categoria de empreendimento não tradicional, caracterizado pelo grande potencial inovador e de crescimento exponencial. Apesar da recente difusão do termo no Brasil, esse modelo de negócios ganhou destaque a partir dos anos 1990, nos Estados Unidos. As *startups* surgem como empresas² pequenas em um ambiente de negócios de muitas incertezas e riscos. A permanência dessas empresas no mercado pode gerar impactos positivos sobre o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.³ No entanto, estudos apontam a existência de uma série de fatores que con-

2 A acepção técnica do vocábulo “empresa” é extraída do *caput* do art. 966, do Código Civil de 2002. De acordo com esse dispositivo, a empresa consiste na “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, que é exercida em caráter profissional pelo empresário individual (pessoa física) ou pela sociedade empresária (pessoa jurídica). Cf. BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm». Acesso em: 8 jun. 2021. Conquanto para fins didáticos seja estabelecida a diferenciação entre as noções de “empresa”, “empresário” e “sociedade empresária”, o primeiro termo é usualmente utilizado para indicar a pessoa que exerce a atividade empresarial. Em vista do exposto, o presente artigo adota a palavra “empresa” em sua dupla acepção corrente, isto é, tanto como sinônimo de atividade (perfil funcional), quanto de pessoa (perfil subjetivo). Acerca dos diferentes perfis da empresa, veja-se: ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. de Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, n. 104, p. 108-126, out./dez. 1996. p. 109-110.

3 SALVADOR, Daniel O.; MICELI, André L. *Startups: nos mares dos dragões*. Rio de Janeiro: Brasport, 2019, p. 3; e TORRES, Nágila Natália de Jesus; SOUZA, Cleidson R. B. de. XII Brazilian Symposium on Information Systems. *Uma Revisão da Literatura sobre Ecossistemas de Startups de Tecnologia*. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2016, p. 385-392. Disponível em: «<https://sol.sbc.org.br/index.php/sbsi/article/view/5986/5884>». Acesso em: 9 jun. 2021

tribuem para o insucesso das *startups*. Entre esses fatores estão a inexistência da necessidade do mercado, os desafios legais e a escassez de recursos ou créditos disponíveis para a sua expansão.⁴

Visando ao incentivo dessas empresas, foi sancionada no Brasil a Lei Complementar (LC) nº. 167, de 24 de abril de 2019, que altera o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas (LC nº. 123, de 14 de dezembro de 2006). Com a aprovação dessa lei, institui-se no país um novo regime especial simplificado: o Inova Simples. De acordo com o texto legal aprovado em 2019, o objetivo desse regime é conceder tratamento diferenciado às “iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo” que se autodeclarem como “empresas de inovação” (art. 65-A, *caput*, LC nº. 123/2006).⁵ Entretanto, no âmbito do Inova Simples, o único aspecto que indica a diferença de tratamento dispensado às *startups* consiste na fixação de rito sumário para abertura e fechamento dessas empresas. Na Comissão Especial da Câmara dos Deputados que aprovou o parecer da relatoria e o substitutivo da proposta legislativa, a importância no tocante à adoção de um “regime especial ultra simplificado” foi justificada com base na necessidade de incentivar não apenas a criação, mas também a expansão das *startups* no país.⁶

4 CBINSIGHTS. *The top 20 reasons startups fail*. 2018, p. 3. Disponível em: «<https://s3-us-west-2.amazonaws.com/cbi-content/research-reports/The-20-Reasons-Startups-Fail.pdf>». Acesso em: 13 jun. 2021; PERIN, Bruno. *A revolução das startups: o novo mundo do empreendedorismo de alto impacto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 20; e QUELCH, John A.; KNOOP, Carin-Isabel. *Compassionate management of mental health in the modern workplace*. Gewerbestrasse: Spring Nature, 2018, p. 202.

5 BRASIL. Lei complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm». Acesso em: 8 jun. 2021.

6 BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial. *Parecer do relator sobre o projeto de lei complementar n.º 420, de 2014*. Relator: Deputado Otavio Leite, 16 de maio de 2018, p. 4. Disponível em: «https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1660545&filename=PRL+1+PLP42014+%3D%3E+PLP+420/2014». Acesso em: 8 jun. 2021.

Aprovado mais recentemente, o marco legal das *startups* (LC nº. 182, de 1º de junho de 2021) institui um regime diferenciado mais amplo e elenca uma série de alternativas de investimento em inovação. Embora as alterações promovidas no ordenamento jurídico apontem para o progressivo estímulo ao empreendedorismo inovador, a sustentabilidade das *startups* no mercado permanece sendo objeto de preocupação e mantém vivo o debate em relação aos caminhos que possibilitam tornar o negócio cada vez mais escalável e repetível.⁷ De modo a alcançar esse propósito, algumas *startups* apostam no modelo de franquia, isto é, tornam-se franqueadoras de negócios de natureza incremental ou disruptiva. Apesar de a transferência de tecnologia ser comum no contexto dos processos de inovação, a literatura jurídica ainda se encontra dispersa no tocante às discussões acerca da possibilidade de uma *startup* estabelecer um contrato de franquia no Brasil, tendo em vista as peculiaridades relacionadas à função dessas empresas no país e ao ambiente no qual estão inseridas.

Em razão disso, o artigo tem por objetivos: i) investigar a existência de características próprias da realidade das *startups* que sejam incompatíveis com as vantagens atribuídas ao modelo de franquia tradicional; e ii) sugerir alternativas para minimizar eventuais barreiras de entrada dessas organizações no sistema de franquia empresarial. Para tanto, o trabalho adota a abordagem qualitativa com vistas à análise do material de referência coletado a partir da aplicação dos seguintes procedimentos: i) pesquisa documental apoiada especialmente em informações extraídas de normas legais em vigor no país; ii) pesquisa bibliográfica contemplando obras especializadas no assunto abordado pelo artigo e trabalhos científicos selecionados com o auxílio do *software* Publish or Perish (PoP) da Harzing (versão 7.33.3388).⁸

7 BACCARIN, Giovanna Oliveira. *Empreenda com menos: crie sua empresa com menos recursos, riscos e incertezas*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017, p. 66; e PERIN, Bruno, op. cit., p. 10.

8 HARZING, A.W. *Publish or Perish*, 2007. Disponível em: «<https://harzing.com/resources/publish-or-perish/windows>». Acesso em: 1 jun. 2021.

Na pesquisa realizada no período de 8 a 15 de junho de 2021, foram adotadas as seguintes palavras-chave: franquia empresarial (*business franchise*); inovação (*innovation*); oferta de franquia (*franchise offer*); *startup*. Após a etapa de coleta do material com o apoio do PoP, foi realizada a seleção preliminar do material, com base na leitura dos resumos ou introduções para verificar a pertinência do conteúdo abordado com os objetivos do artigo. Concluída essa etapa, realizou-se a leitura na íntegra das referências selecionadas com o propósito de compor o marco teórico do trabalho, a partir do tratamento qualitativo das informações e dados extraídos das fontes consultadas.

1. Os desafios e os benefícios do modelo de franquia empresarial.

O termo em inglês *franchise* (franquia) deriva do verbo francês *franchir*, que significa libertar (*to free*). Ao tratar da origem etimológica dessa palavra, Harry Kursh explicou que, em contextos pré-industriais, era comum que a expressão *franchise* fosse utilizada para indicar uma liberdade de restrição. No âmbito político, o termo referia-se a privilégios concedidos a um indivíduo ou grupo por uma força institucional soberana. A origem moderna do sistema de franquia para fins de “distribuição de mercadorias e produtos” remonta ao início do século XX. Após a Segunda Guerra Mundial, houve a popularização da *franchising* (franquia) nos Estados Unidos. O fenômeno ocorreu naquele país graças ao estímulo do governo norte-americano, na forma de concessão de financiamento aos ex-combatentes, a fim de que esses iniciassem seus próprios negócios.⁹

9 JOHNSON, Derek. *Media franchising: creative license and collaboration in the culture industries*. New York: New York University Press, 2013, p. 36; e SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de Franquia Empresarial (Franchising). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, n. 17, p. 57-70, jan. 2017. p. 58. Disponível em: «<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewFile/70935/40276>». Acesso em: 10 jun. 2021.

Na década de 1960, os Estados Unidos experimentaram o que Harry Kursh chamou de *franchise boom*, caracterizado pela entrada de centenas de novas franquias nacionais no mercado, bem como pela abertura de milhares de novas lojas. O sucesso alcançado pelo sistema de franquia empresarial nos Estados Unidos propagou-se pelo mundo com vistas à ampliação do comércio por meio da franquia. Apesar disso, na década seguinte, as recessões impuseram obstáculos à expansão das franquias, cujos desafios e riscos tornaram-se evidentes nesse período. Entre os aspectos críticos do sistema de franquia apontados pela doutrina estão, por exemplo, a cobrança em alguns casos de taxas de franquia excessivas, a exigência de que o franqueado cumpra metas de desempenho incompatíveis com a realidade e a compra obrigatória de produtos diretamente do franqueador, o que pode provocar a elevação dos preços em vista da exclusividade. Além disso, existe o risco de que seja declarada a falência do franqueador ou de que a franquia seja vendida para outros empresários.¹⁰

A doutrina é uníssona ao afirmar que o modelo de franquia empresarial apresenta algumas vantagens e desvantagens. Do ponto de vista do franqueador, Reis e Armond destacam os desafios que envolvem a opção por esse sistema. São eles: i) “perda de controle sobre os pontos-de-venda”, uma vez que o franqueado não é um empregado do franqueador e detém certo grau de autonomia; ii) “divisão da receita” entre franqueado e franqueador, cabendo a esse último a percepção de valores a título de *royalties*, inferior ao lucro total gerado pela franquia; iii) “retorno a prazos mais longos”, principalmente quando o franqueador realiza um grande investimento para planejar e formatar a “sua operação de *franchising*”, seja contratando profissionais especializados ou instalando unidades-piloto. Nesses

10 DOBSON, John M. *Bulls, bears, boom, and bust: a historical encyclopedia of american business*. Santa Bárbara, Califórnia: ABC-CLIO, 2006, p. 339; e HISRICH, Robert D.; PETERS, Michael P.; SHEPHERD, Dean A. *Empreendedorismo*. Trad. de Francisco Araújo da Costa. 9ª ed. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014, p. 354.

casos, o tempo para amortização dos investimentos dependerá da renda obtida a partir do funcionamento das franquias; e iv) “possibilidades de disputas”, que poderão surgir ao longo da relação de franquia, especialmente quando o franqueado começa a questionar o papel do franqueador no sucesso do empreendimento.¹¹

Nada obstante, cumpre esclarecer que os contratos de franquia são comumente apontados como uma oportunidade para os pequenos empreendedores organizarem-se em empresas, permitindo assim o desenvolvimento profissional de atividades econômicas. Segundo Laimer e Figueiredo, entre as vantagens oferecidas ao empresário que adota o sistema de franquia estão: i) o “uso de uma marca conhecida no mercado”; ii) o “apoio operacional prestado pelo franqueador”; iii) a redução da “curva de aprendizado”, haja vista a transmissão do *know-how* por parte do franqueador; iv) a “utilização de método de trabalho já testado anteriormente”; e v) o “treinamento disponibilizado pelo franqueador”.¹² Tendo em vista o conjunto de benefícios elencados, é possível afirmar que a mitigação dos riscos inerentes à criação de um negócio consiste, para o franqueado, em um dos principais pontos positivos do acordo de franquia.

No tocante ao franqueador, o contrato de franquia também apresenta importantes vantagens, sobretudo no que diz respeito: i) à possibilidade de aumentar o seu faturamento com a “economia de escala para sua produção” e as receitas oriundas dos franqueados; e ii) à difusão de sua marca no mercado devido à “expansão da rede”.¹³ Nesse sentido, diz-se que a franquia permite aumentar a velocidade

11 REIS, Evandro Paes dos; ARMOND, Álvaro Cardoso. *Empreendedorismo*. Curitiba: IESDE Brasil, 2012, p. 242.

12 LAIMER, Claudionor Guedes; FIGUEIREDO, Mauricio. Estudos sobre franquia: uma pesquisa bibliométrica no período de 1993 a 2014. *Revista Global Manager*. Caxias do Sul: Faculdade da Serra Gaúcha, v. 15, n. 2, p. 84-99, 2015. p. 85. Disponível em: «<http://ojs.fsg.br/index.php/global/article/view/1761>». Acesso em: 15 jun. 2021.

13 Loc. cit.

de expansão do empreendimento, sem que para isso seja necessário investir um grande volume de capital para manter um quadro extenso de funcionários. No tocante aos custos, as principais vantagens para o franqueador estão relacionadas à possibilidade de adquirir suprimentos em grandes quantidades, que posteriormente serão vendidos aos franqueados. Além dessa economia de escala em relação aos suprimentos, a franquia também permite a ampliação do orçamento destinado à publicidade, por meio da contribuição financeira prestada por cada franqueado com base em suas vendas. Assim, cumprirá ao franqueador utilizar esses recursos na realização de campanhas para divulgação de sua marca e atração de novos clientes em uma ampla área geográfica.¹⁴

2. O sistema de franquia empresarial segundo a Lei n.º 13.966/2019.

No Brasil, o sistema de franquia empresarial é regido pela Lei n.º 13.966/2019, que revogou a antiga Lei de Franquia (n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994). De acordo com o *caput* do art. 1º do diploma em vigor,¹⁵ no sistema de franquia empresarial, o franqueador autoriza a utilização, pelo franqueado, de objetos de propriedade intelectual, incluindo marcas registradas.¹⁶ Nesse sistema, o direito de utilizar esses objetos está associado ao direito de produzir ou distribuir,

14 HISRICH, Robert D.; PETERS, Michael P.; SHEPHERD, Dean A., op. cit., p. 241.

15 BRASIL. Lei n.º 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm». Acesso em: 8 jun. 2021.

16 Para Denis Borges Barbosa, a peculiaridade da *franchising* está na multiplicação da rede, sendo, portanto, distinto de um contrato de *know-how* somado a uma licença de patente. Segundo explica esse autor, a *franchising* corresponde a um tipo de negócio jurídico de fundo tecnológico, o qual implica necessariamente na padronização do aviamento de empresas não dependentes entre si. Cf. BARBOSA, Denis Borges. *Franchising*. 2002, p. 2. Disponível em: «<https://www.dba.com.br/wp-content/uploads/societario02.pdf>». Acesso em: 11 jun. 2021.

com ou sem exclusividade, produtos ou serviços. Ainda no tocante aos direitos do franqueado, o contrato de franquia deve prever o direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou, sendo o caso, de sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador. Em contrapartida, caberá ao franqueado o pagamento de uma remuneração direta ou indireta ao franqueador. Cumpre esclarecer, no entanto, que a relação de franquia empresarial afasta a relação de consumo ou vínculo empregatício no que tange ao franqueado e aos seus respectivos empregados, ainda que estejam sob período de treinamento.

A partir do texto legal em comento é possível extrair as principais características relacionadas ao contrato de franquia empresarial, quais sejam: i) trata-se de um contrato bilateral, que envolve franqueado e franqueador; ii) as partes contratantes possuem direitos e deveres recíprocos; iii) é um acordo necessariamente oneroso, pois envolve o pagamento de *royalties* ao franqueador, por exemplo; e iv) o objeto envolve a licença de uso de marca ou outros objetos de propriedade intelectual, embora a primeira seja mais comum e necessária. No tocante ao afastamento do vínculo empregatício por ocasião do acordo de franquia, André Santa Cruz salienta que a marca característica de todos os contratos de colaboração, a exemplo do contrato de franquia, é a subordinação empresarial entre o colaborador e o colaborado. Assim, o referido autor considera que a subordinação nesses casos representa a obrigatoriedade de o colaborador manter uma organização de sua atividade seguindo padrões fixados pelo colaborado.¹⁷

O contrato de franquia, em particular, além de envolver a prestação de serviços e o uso de marca ou patente, por exemplo, compreende a transferência de tecnologia ou a transmissão de padrões. Não à toa, o art. 2º da nova Lei de Franquia determina que a

17 SANTA CRUZ, André. *Direito empresarial*. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 677.

Circular de Oferta de Franquia (COF) contenha informações acerca da incorporação de inovações tecnológicas às franquias (inciso XIII, alínea d). Ainda no art. 2º, o texto legal prevê que a COF também disponha sobre a situação do franqueado quando do término do contrato de franquia. Para tanto, o franqueador deverá destacar no documento, entre outros itens, a situação do *know-how* da tecnologia de produto, de processo ou de gestão, bem como das informações confidenciais e segredos de indústria, comércio, finanças e negócios, cujo acesso for garantido ao franqueado em razão da vigência do contrato (inciso XV, alínea a). A nova Lei de Franquia traz uma extensa lista de informações que deverão constar da COF com o objetivo de esclarecer os interessados acerca de diversos aspectos, entre eles os detalhes da franquia, da descrição do negócio e das atividades desempenhadas pelo franqueado (art. 2º, inciso V).

Além de ter adicionado a exigência de que a COF esteja escrita em português, a atual Lei de Franquia manteve a regra que impõe a utilização no documento de uma linguagem objetiva/clara e acessível. Frisa-se, todavia, que a COF não se confunde com o contrato ou o pré-contrato de franquia, uma vez que deverá ser obrigatoriamente fornecida pelo franqueador ao interessado, anteriormente à assinatura de qualquer um desses dois últimos documentos ou do pagamento de quaisquer tipos de taxas. Com a Lei nº. 13.966/2019, regra semelhante passou a ser aplicada também aos órgãos e às entidades públicas que, pelo texto em vigor, estão autorizados a realizarem licitação ou pré-qualificação para a escolha de franqueados. Nesse último caso, porém, a divulgação da COF ocorrerá tão logo seja inaugurada a seleção (art. 1º, §2º c/c art. 2º, §1º). No tocante aos contratos de franquia propriamente ditos, a produção de efeitos perante terceiros está condicionada ao registro do documento pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), conforme dispõe o *caput* do art. 211, da Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996.¹⁸

18 BRASIL. Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996. Dispõe sobre direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

3. O marco legal das *startups* e o incentivo à inovação.

De acordo com Eric Ries, autor do *best-seller The Lean Startup* (A Startup Enxuta, em português), a *startup* corresponde a “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”. Por considerar a *startup* uma instituição, a definição de Ries se aplica a empresas de qualquer porte, independentemente do seu ramo de atuação. Ao destacar os princípios da *startup* enxuta, Ries afirma que o objetivo dessas empresas não se restringe à fabricação de produtos com fins lucrativos ou ao atendimento de clientes. Segundo ele, as *startups* devem estar comprometidas com a sustentabilidade do negócio em desenvolvimento.¹⁹ Para tanto, é necessário que essas instituições estejam concentradas em aprender sobre o tema e validar essa aprendizagem com base em experimentos que permitam testar com frequência a sua visão. Nessa toada, Ries sustenta que a aceleração do ciclo de *feedback* (construir-medir-aprender) indica o sucesso dos processos realizados pelas startups.²⁰

Steve Blank salienta que as *startups* percorrem algumas etapas até se tornarem uma empresa de grande porte. Em artigo publicado em 2015, Blank descreve cada uma dessas fases, a saber: i) pesquisa; ii) construção; e iii) crescimento. Na primeira etapa, a atuação da *startup* concentra-se na busca por um modelo de negócios que seja repe-

19 No tocante aos esforços para garantir a sustentabilidade do negócio em um longo prazo, Gerken e Silva relembram que “as startups estão inseridas em um contexto de elevada pressão e incerteza”, sendo que muitas delas são extintas em um período tão exíguo quanto aquele em que surgiram. Assim, esses autores explicam que a “gestão empreendedora de uma *startup*” não se limita, por exemplo, à “construção de um produto ou serviço viável”, pois é necessário que os empreendedores atuem em prol do “desenvolvimento de um negócio bem estruturado e sustentável”. Cf. GERKEN, Felipe Millard; SILVA, Stephanie Alves de Oliveira. *Startup e Tributação*. In: BARBOSA, Anna Fonseca Martins; PIMENTA, Eduardo Goulart; FONSECA, Maurício Leopoldino da (Coord.). *Legal talks: startups à luz do direito brasileiro*. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 40.

20 RIES, Eric. *A startup enxuta*. 1ª. ed. Nova Iorque: Crown Publishing Group, 2011, p. 27-28.

tível e escalável. Segundo ele, nesse momento é comum que seja realizada uma série de iterações/tentativas e pivotagens/transformações radicais com o propósito de encontrar a correspondência adequada entre o produto final e o respectivo mercado-alvo. No segundo estágio do seu ciclo de vida, a *startup* alcança aproximadamente 40 funcionários e então surge a necessidade de se transformar em uma empresa que tenha condições de crescer por meio da expansão do número de clientes ou usuários pagantes. Um dos objetivos nessa fase é escalar consumidores de maneira tal que a *startup* alcance um fluxo de caixa positivo. Na última fase, a *startup* finalmente atinge o estado de liquidez, como consequência da realização de uma IPO (sigla em inglês para *Initial Public Offering*, o evento que marca a primeira vez que as ações da *startup* são oferecidas e vendidas ao público), ou porque foi adquirida, ou porque passou por um processo de fusão com outra sociedade empresária. Além disso, na terceira etapa o crescimento da *startup* ocorre por meio de processos repetíveis.²¹

Para estimular a criação, a formalização, o desenvolvimento e a consolidação das *startups* ou empresas de inovação, foi criado no Brasil um regime especial simplificado denominado “Inova Simples”, previsto atualmente no art. 65-A, da LC nº. 123/2006, alterada pela LC nº. 167/2019. A criação desse regime, que prevê a concessão de tratamento diferenciado a essas empresas, representa um passo importante para o apoio à inovação, uma vez que abrange iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo. Desse modo, a medida reconhece o potencial das *startups* para gerar altos impactos na sociedade, promovendo avanços tecnológicos e gerando emprego e renda.

Pouco mais de dois anos após a entrada em vigor das alterações promovidas pela LC nº. 167/2019, foi sancionada a LC nº. 182/2021, que institui o marco legal das *startups* e do empreendedor-

21 BLANK, Steve. *What do I do now? The startup lifecycle*. 12 fev. 2015, p. 1. Disponível em: <https://steveblank.com/2015/02/12/what-do-i-do-now/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

risco inovador. Entre as mudanças trazidas pelo novel diploma está a revogação parcial do art. 65-A da LC nº. 123/2006, mais especificamente dos seus parágrafos 1º, 2º e 9º (vide art. 17 da LC nº. 182/2021). No §1º o legislador traçou a definição de *startup* para fins da LC nº. 123/2006. De acordo com o texto revogado, a *startup* era definida como uma “empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos [...] já existentes” (*startup* de natureza incremental), ou, “relacionados à criação de algo totalmente novo” (*startup* de natureza disruptiva).²² A fim de suprir a lacuna decorrente da revogação desse dispositivo, a LC nº. 182/2021 define como *startup* “as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados” (art. 4º, *caput*, da LC nº. 182/2021).²³

Devido às condições de incerteza em que são desenvolvidas essas empresas, o §2º previa a necessidade de realização de experimentos e validações constantes, admitindo-se, inclusive, a comercialização experimental provisória, anterior à comercialização plena e à obtenção de receita. Embora o §2º tenha sido revogado, a comercialização experimental continua sendo permitida até o limite fixado para o microempreendedor individual (MEI), no §1º, do art. 18-A, da LC nº. 123/2006 (até 81 mil reais por ano)²⁴ (art. 65-A, § 10, da LC nº.

22 BRASIL. Lei complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm». Acesso em: 8 jun. 2021.

23 BRASIL. Lei complementar nº. 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp182.htm». Acesso em: 8 jun. 2021.

24 Haja vista que a receita bruta anual do microempreendedor individual (MEI) está limitada ao valor auferido de 81 mil reais (art. 65-A, § 10, da LC nº. 123/2006), tem-se que ao MEI, constituído na forma de *startup*, seria permitida apenas a comercialização provisória de seus produtos ou serviços. Ultrapassado o limite imposto pela lei, ou, superada com sucesso a fase

123/2006). Por fim, a nova lei revogou também o §9º do art. 65-A, que excluía do cálculo da renda auferida pela *startup* o montante investido no desenvolvimento dos projetos da empresa. Além da supressão desses parágrafos, o art. 65-A do Estatuto das MPE foi alvo de outras modificações introduzidas pelo marco legal das *startups*.

A redação original do §7º do art. 65-A previa a criação de um recurso *online* que permitisse automatizar a comunicação do escopo inovador junto ao INPI, com vistas a facilitar o registro de marcas e pedidos de patentes de *startups* enquadradas no Inova Simples. O §8º desse mesmo dispositivo atribuiu ao INPI o dever de criar um mecanismo para garantir o processamento sumário das solicitações de marcas e patentes das empresas integrantes do aludido regime especial. O art. 17 da LC nº. 182/2021, entretanto, altera de forma substancial o conteúdo e o sentido dos §§7º e 8º, do art. 65-A, da LC nº. 123/2006. No §7º, a possibilidade de transmissão automática de informações endereçadas ao INPI foi substituída pela previsão quanto ao acesso virtual às “orientações para o depósito de pedido de patente ou de registro de marca”.²⁵ No §8º, a expressa garantia quanto ao processamento abreviado das solicitações de marca e patente foi abolida e no lugar o legislador estabeleceu como prioritário o exame dos pedidos de patente e de registro de marca efetuados pelas *startups* do Inova Simples.

No âmbito da LC nº. 123/2006, o tratamento diferenciado refere-se à fixação de rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples. A simplificação e automatização dos respectivos procedimentos dar-se-á no mesmo ambiente digital do portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim) (art. 65-A, §3º). Para ga-

de comercialização provisória, o empresário, titular da empresa de inovação, não estaria mais sujeito ao regime especial do Inova Simples.

25 BRASIL. Lei complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm». Acesso em: 8 jun. 2021.

rantir a submissão ao regime do Inova Simples é necessário que o titular da empresa preencha um cadastro *online* com informações básicas sobre a empresa e o seu representante legal. Em face das incertezas que cercam o ambiente das *startups*, a lei determina que seja informada no cadastro apenas o intento inovador, e não o seu objeto social definitivo (art. 65-A, § 4º, inciso II, com redação alterada pela LC nº. 182/2021).

No que tange à comercialização plena de produtos ou serviços para obtenção de receita, a LC nº. 167/2019 não estabeleceu limites à operação. Em vista dessa omissão, uma das interpretações possíveis é que, após a validação dos produtos ou serviços mediante comercialização experimental, ou, após o alcance do escopo da intenção empresarial inovadora, a *startup* não estaria mais qualificada para operar sob o regime especial simplificado do Inova Simples. Muito embora o advento do marco legal das *startups* não tenha esclarecido essa questão específica em relação às hipóteses de desenquadramento no Inova Simples, o §1º do art. 4º define os critérios de elegibilidade para o enquadramento na modalidade de tratamento especial nele previsto. Dentre os requisitos cumulativos impostos por essa lei estão: a obtenção de receita bruta anual de até R\$16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) e o tempo de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) menor ou igual a 10 (dez) anos.

Ademais, o prévio enquadramento no Inova Simples (art. 65-A da LC nº. 123/2006), acrescido do cumprimento das condições anteriores, torna elegível a pessoa física ou jurídica para receber o tratamento especial. Em fato, a lei prevê que o fomento da *startup* pode alcançar tanto as sociedades empresárias, quanto o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), as sociedades cooperativas e, ainda, as sociedades simples. O tratamento especial a ser conferido às *startups* enquadradas nos termos da LC nº. 182/2021 abrange entre outros mecanismos de incentivo: a) captação de recursos a partir de instrumentos diversificados de investimentos, tais como, contrato de opção de subscrição de ações ou de quotas entre o investidor e a empresa (art. 5º, §1º, inciso I), estrutura-

ção de sociedade em conta de participação entre o investidor e a empresa (art. 5º, §1º, inciso V) e contrato de investimento-anjo (art. 5º, §1º, inciso VI); b) participação em programa de ambiente regulatório experimental²⁶ (art. 2º, inciso II c/c art. 11); e c) participação em modalidade especial de licitação e possibilidade de celebração de contrato com a Administração Pública para a execução de testes de soluções inovadoras com emprego de tecnologia (art. 13).

Embora seja reconhecido o potencial da *startup* para gerar um grande impacto quando da efetiva realização de seu escopo inovador, as primeiras disposições no ordenamento brasileiro acerca dessas empresas foram introduzidas no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas. Não obstante, cumpre destacar que esse diploma veda ao microempreendedor individual, constituído na forma de *startup*, o recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês. Por outro lado, a lei não esclarece se é facultado ao MEI constituído na forma de *startup* a opção pelo Regime do Simples Nacional, destinado à MPE. A princípio, tendo em vista o seu caráter especial, as *startups* autodeclaradas estariam adstritas ao seu regime próprio: o Inova Simples.

Ainda de acordo com a lei em vigor, se eventualmente a *startup* não lograr êxito no desenvolvimento do objetivo pretendido, ocorrerá a baixa automática de sua inscrição no Cadastro Nacional de

26 Para fins de aplicação da LC n.º 182/2021, o ambiente regulatório experimental, também chamado de *sandbox* regulatório, é representado por um “conjunto de condições especiais simplificadas” que deverão ser atendidas para que a *startup* seja temporariamente autorizada a “desenvolver modelos de negócios inovadores” e “testar técnicas ou tecnologias experimentais”. De acordo com a referida lei, a realização dessas atividades pela pessoa jurídica admitida no programa está sujeita ao atendimento de parâmetros específicos definidos pelo agente regulador responsável (art. 2º, inciso II). Cf. BRASIL. Lei complementar n.º. 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei n.º. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar n.º. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp182.htm». Acesso em: 8 jun. 2021.

Pessoa Jurídica (CNPJ), mediante procedimento de autodeclaração no portal da Redesim. O Estatuto das MPE, entretanto, não prevê quais consequências decorrem do êxito do empreendimento. Nesse caso: seria necessário atualizar a condição da *startup*, efetuando o seu desenquadramento do regime do Inova Simples? Outra questão não respondida diretamente pelo Estatuto das MPE após alterações da LC n.º 167/2019 é se a empresa bem-sucedida em seu intento inovador perderia a qualidade de *startup*. Com a aprovação da LC n.º 182/2021 essa dúvida ao que parece foi esclarecida, pois, desde que respeitadas as condições previstas no art. 4º, o alcance do escopo inovador por si só não torna a organização societária inelegível para o enquadramento como beneficiária do fomento de *startup*.

Por outro lado, se a *startup* estiver inscrita no CNPJ há mais de 10 (dez) anos, ainda que não tenha concretizado o seu escopo inovador, a presunção legal é de que a organização não se enquadra como uma *startup*. Assim, a empresa perderia essa qualidade seja em razão do pleno alcance da maturidade ou pela duradoura existência formal, que nem sempre indica o sucesso do empreendimento. Essa condição restritiva está associada à ideia de que, por natureza, a *startup* é considerada uma empresa em estágio inicial de desenvolvimento, com alto potencial transformador. O ambiente de riscos e incertezas que cercam a *startup*, entretanto, não permite definir com exatidão o seu objeto social ou garantir com certeza a viabilidade do negócio desde o momento de sua criação.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico exige que no momento da constituição da *startup* seja declarada tão somente a sua intenção empresarial inovadora, que poderá ou não ser realizada. Entretanto, uma vez concretizada essa intenção, ou seja, alcançado o seu escopo inovador, a razão pela qual foi criada a *startup* deixa de existir em sua essência. Com efeito, ao cumprir o seu intento empresarial inovador, não é forçoso pensar que a *startup* transforma-se na prática em uma empresa tradicional, cujos motivos para se manter ativa não se relacionam à busca por inovações de caráter incremental ou disruptivo. Esse raciocínio, inclusive, serviria para justificar o de-

senquadramento das pessoas inscritas há mais de 10 (dez) anos no CNPJ, tal como se depreende da redação do art. 4º da LC nº. 182/2021.

Assim, embora tenha sido revogada, a inserção original do conceito de *startup* no Estatuto das MPE não parece ter sido por acaso. Para o legislador brasileiro, a *startup* é uma empresa que nasce pequena, mas que se organiza tendo em vista o crescimento exponencial do negócio. Nesse sentido, é possível sustentar que o êxito do empreendimento, cuja fórmula foi aprovada, aliado à não renovação de seu espírito inovador, é capaz de promover a estabilidade empresarial, em face da drástica mitigação dos riscos e incertezas iniciais. Contudo, a essência inspiradora dos primeiros feitos restaria perdida em razão da descontinuidade do processo de inovação. Assim sendo, não se justificaria o enquadramento da empresa em um regime especial simplificado que visa a estimular a criação de negócios que aspiram à inovação.

4. A pré-oferta de franquia pelas *startups*.

Apesar de a LC nº. 182/2021 ter instituído o exame prioritário dos pedidos de patente e de registro de marca das empresas sujeitas ao Inova Simples, o tratamento especial das *startups* junto ao INPI não contempla o registro ou averbação de contratos de transferência de tecnologia, franquias e afins, que também estão sob responsabilidade dessa autarquia. Por outro lado, o ordenamento brasileiro não veda a expansão das *startups* por meio de franquias. Sabe-se, entretanto, que o desenvolvimento das inovações ocorre em condições de incerteza, requerendo em vista disso validações constantes, que poderão ser realizadas pelas *startups* inclusive por meio de comercialização experimental provisória. Superada essa etapa de experimentos e validações, a *startup* poderá realizar a comercialização plena de suas soluções. Nesse momento, não há dúvidas de que o escopo da intenção inovadora foi alcançado, sendo necessário a partir de então formular as estratégias para a consolidação e expansão da *startup*.

Apesar disso, especialmente a LC nº. 123/2006 não prevê o acesso das *startups* ao tratamento diferenciado para fins de consolidação e expansão dos negócios. No tocante à LC nº. 182/2021, os mecanismos de investimento em *startups* e de fomento ao desenvolvimento e à inovação não abrangem a promoção da escalabilidade por meio de contratos de franquia em condições diferenciadas. Contudo, tendo por base o disposto no art. 3º, inciso VIII, da chamada “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019), é possível argumentar que os contratos de franquia empresarial nos quais a franqueadora é uma *startup* estão sujeitos à livre estipulação das partes que integram o negócio jurídico. Nesses casos, as regras de direito empresarial seriam aplicadas de forma subsidiária ao pactuado.²⁷ Corroborando a previsão geral contida na Lei da Liberdade Econômica, o marco legal das *startups* elenca entre as diretrizes que o orientam a valorização da “liberdade contratual como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras” (art. 3º, inciso III). Tendo em vista os fundamentos legais apontados, não seria razoável negar à *startup* a possibilidade de captar recursos e expandir-se por meio de franquias.

Com efeito, a Lei nº. 13.874/2019 e mais recentemente a LC nº. 182/2019 endossaram o coro daqueles que defendem a ampla liberdade contratual com a mínima intervenção do Estado nos negócios empresariais, o que inclui os contratos de franquia. Sob essa perspectiva, com maior fundamento seria possível defender a possibilidade de uma *startup* se tornar franqueadora de seu modelo inovador, desde que houvesse interessados. No entanto, o oferecimento de franquia por uma organização que ainda não tenha alcançado o estágio de maturidade certamente contraria as expectativas de quem busca no sistema de franquia empresarial um ingresso menos arriscado no

27 BRASIL. Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e dá outras providências. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm». Acesso em: 13 jun. 2021.

mercado. Para além dessa perspectiva, sustenta-se que a figura da *startup* franqueadora de um modo geral desafia os argumentos mais simplistas quanto às vantagens e desvantagens do modelo de franquia tradicional.

Neste ponto, cumpre relembrar que não são passíveis de enquadramento no regime estabelecido pelo marco legal das *startups* aquelas organizações que operem há mais de 10 (dez) anos no mercado formal ou cuja receita bruta anual supere o valor do teto permitido. *A contrario sensu*, o novel diploma busca favorecer com exclusividade as organizações menos experientes e com rentabilidade limitada. Entretanto, a presença duradoura no mercado e a comprovada saúde financeira e prosperidade da franqueadora funcionam na prática como verdadeiros pressupostos para o efetivo oferecimento da franquia e pesam no convencimento dos demais empresários que tenham acesso à proposta. Nesse sentido, o estudo revela a existência de algumas limitações que prejudicam o preenchimento dos aspectos mínimos para atrair o interesse de potenciais franqueados. Esses aspectos podem ser divididos em dois grupos: o primeiro (A) refere-se às características do franqueador, ora denominado *startup*; o segundo (B), por sua vez, está relacionado às expectativas dos interessados na oferta de franquia. Assim:

A) Em relação ao franqueador (*startup*), restam prejudicados os seguintes elementos associados ao seu perfil:

A.1) domínio em relação à tecnologia do produto ou serviço oferecidos, especialmente quando o resultado final do processo criativo é incerto ou ainda não foi plenamente alcançado;

A.2) conhecimento acerca do mercado, sobretudo quando não há clara definição quanto ao público-alvo e se haverá consistente interesse por parte dos consumidores; e

A.3) experiência administrativa no ramo de atividade da fran-

quia, haja vista que a criação de algo inovador requer de maneira ideal o emprego de novas práticas dentro de um acelerado ciclo de aprendizagem vivencial. Nesse ciclo, as regras e fórmulas cognitivas anteriores não estão livres de serem reeditadas ou de perderem a validade, logo, a experiência anterior por si só nem sempre consiste em uma vantagem real.

B) Em relação ao candidato a franqueado, são incompatíveis com a natureza e o propósito das *startups* as seguintes expectativas:

B.1) significativa diminuição dos riscos do empreendimento/investimento, nos casos de insuficientes indícios de que o franqueador (*startup*) detém de fato uma fórmula de negócio duradouro e lucrativo (*v.g.* atuação no ramo há mais de uma década e obtenção de renda bruta anual superior a R\$16 milhões). Impende, frisar, no entanto, que a impressão do potencial franqueado em relação a esse quesito pode variar de acordo com o ramo da atividade econômica. Nada obstante, quanto melhores forem os índices, mais elevadas serão as expectativas;

B.2) integral aquisição de *know-how* em relação à tecnologia utilizada pelo franqueador e aos seus respectivos processos e métodos de gestão, nas hipóteses em que faltar ao próprio franqueador o domínio total da tecnologia e o conhecimento pleno de sua forma de organização e práticas administrativas; e

B.3) garantido acesso a soluções inovadoras e a sua respectiva incorporação pela franquia, visto que nem sempre a *startup* atingirá o seu escopo inovador.

Por outro lado, os esforços voltados para a expansão da *startup* visam necessariamente ao seu ótimo desempenho em termos de escalabilidade do negócio. Tal característica está intimamente ligada

ao perfil genético de qualquer *startup*. Sem escalabilidade e inovação, a essência dessas empresas resta desnaturada. Nesse sentido estrito, as franquias também poderiam servir ao propósito de tornar o negócio das *startups* cada vez mais escalável. Contudo, a expansão das *startups* não deve ser perseguida a todo custo, em detrimento das expectativas legítimas de outros empresários que contraem obrigações em favor da franqueadora, em uma relação colaborativa. Para contornar as limitações que tornam menos atrativos os investimentos em franquias de *startups* enquadradas no regime da LC nº. 182/2021, sugere-se como primeiro passo a inclusão do contrato de intenção de franquia como uma das alternativas de investimento em inovação elencadas no marco legal das *startups*. A escolha desse instrumento pelos investidores importaria no adiantamento de fundos em prol da maturação do negócio da *startup* e conseqüente direito de aquisição de franquia futura em condições mais vantajosas.

Em caráter complementar, recomenda-se a alteração da Lei nº. 13.966/2019, com vistas à inserção de critérios especiais para a emissão pelas *startups* do que ora se denomina de “Circular de Intenção de Oferta de Franquia” (CIOF) ou “pré-oferta de franquia”, preferencialmente após o período de comercialização experimental. Haja vista as limitações descritas neste artigo, recomenda-se que a CIOF apresente as seguintes informações: i) remuneração periódica pelo uso de objetos de propriedade intelectual do franqueador, condicionada ao deferimento de eventuais pedidos de registro/depósito perante os órgãos competentes; ii) indicação dos itens abrangidos pelas intenções inovadoras do franqueador, bem como as condições para o seu fornecimento futuro e incorporação às franquias; iii) informações sobre a situação dos objetos de propriedade intelectual, cujo uso será autorizado em contrato pelo franqueador, incluindo a caracterização completa apenas daqueles registrados ou para os quais já exista pedido protocolizado nos órgãos competentes; iv) quanto aos itens sob processo de validação ou cujas características ainda não estejam completamente definidas, a utilização pela franquia não poderá ser oferecida e as informações básicas devem corresponder ao que consta da inten-

ção inovadora registrada pela *startup*; e v) indicação da existência ou não de regras a serem aplicadas no caso de insucesso no desenvolvimento do escopo inovador pretendido pela franqueadora, e, caso positivo, quais são elas.

Em adição, sugere-se a inclusão na CIOF de informações relacionadas à concessão pelo franqueador de benefícios diferenciados aos interessados que decidirem contratar a franquia da *startup* que esteja no estágio de validação de seus produtos ou serviços ou que não tenha alcançado a maturidade, a saber: redução da taxa de publicidade e dos *royalties* devidos por um período determinado; garantia de exclusividade da franquia em determinada região; ampliação do rol de fornecedores ou descontos progressivos na aquisição de suprimentos fornecidos pelo próprio franqueador. Em fato, a proposta visa a tornar mais seguro e vantajoso o processo de aquisição de franquias oferecidas por *startups* e a contribuir para a estratégia de expansão dessas organizações por meio da ampliação das possibilidades de investimentos. Busca-se, assim, preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico, contribuindo ainda para o equilíbrio entre a autonomia privada, consubstanciada na liberdade de contratar dos empresários, e a proteção dos interesses das partes envolvidas na relação jurídica de franquia.

Conclusão.

O Estado brasileiro busca diferentes formas de incentivar a criação e legalização das *startups*, com a expectativa de que o sucesso desses empreendimentos gere impactos altamente positivos para a sociedade. Isso porque as *startups*, mesmo que surjam a partir de pequenos estabelecimentos e com poucos recursos, apresentam um grande potencial para contribuir com o desenvolvimento econômico e tecnológico de um país. Os acentuados riscos do negócio e as muitas incertezas quanto à efetiva realização do seu escopo inovador também são características inerentes às *startups*. Não à toa, grande

parte dessas empresas sobrevivem por pouco tempo. Além disso, um ecossistema desfavorável às *startups*, no que tange a recursos organizacionais, técnicos e/ou financeiros disponíveis, também prejudica a sua permanência e expansão no mercado.

No ordenamento pátrio brasileiro, a definição das *startups* ou empresas de inovação foi inserida pela primeira vez em 2019, no Estatuto das MPE. Esse fato reforça a noção de que, ao menos para o legislador brasileiro, as *startups* são concebidas como empresas “pequenas”, que, por isso, necessitam de tratamento diferenciado e simplificado. Nesse contexto, surgiu o Inova Simples com o objetivo inicial de facilitar a abertura e o fechamento das empresas enquadradas nesse regime. Posteriormente, em 2021, foi sancionado o marco legal das *startups*, com novas regras de fomento à inovação. Embora esse último defina formas de apoio ou incentivo ao desenvolvimento das *startups* para que seja alcançado o estágio de maturidade, a legislação atual não contém disciplina específica acerca das condições para o ganho de escala desses empreendimentos por meio de franquias.

Nesse sentido, o artigo trouxe à tona a discussão sobre a possibilidade de uma *startup* expandir-se por meio do sistema de franquia empresarial e as controvérsias em torno do tema. Se, por um lado, as *startups* podem ser valorizadas pelo franqueado justamente em razão de seu intento inovador e potencial lucrativo, por outro, podem ser consideradas um negócio extremamente incerto. Assim, o empresário que espera contar com todo o suporte e experiência do franqueador estará menos propenso a arriscar o seu capital para unir-se em colaboração com uma *startup* recém-chegada ao mercado, por mais promissor que seja o ativo de propriedade intelectual dessa empresa. Com efeito, haja vista as condições de extrema incerteza experimentadas no desenvolvimento das *startups*, a expansão por meio de contratos de franquia é uma decisão que exige adicional cautela, inclusive para resguardar a expectativa legítima do franqueado.

À primeira vista, a inserção das *startups* no sistema de franquia pode representar uma alternativa incomum, uma vez que desafia a

lógica do próprio sistema e expõe as limitações das *startups* que desejam atrair o interesse de potenciais franqueados. Embora a defesa dos ideais de liberdade econômica implique na proteção da autonomia da vontade nas relações privadas, a segurança jurídica impõe que sejam estabelecidas por meio de lei as condições para que as *startups* atuem como empresas franqueadoras no ramo da inovação. Nesse sentido, em linha com o que prevê o art. 3º, inciso III, da LC nº. 182/2021, o estudo recomendou a criação do instrumento de pré-oferta de franquia, a fim de contribuir para a segurança jurídica do processo de aquisição de franquia, ampliar a possibilidade de investimento em *startups* e favorecer a estratégia de expansão dessas organizações. Visando ainda à otimização do grau de competitividade das *startups* na disputa por novos franqueados, o artigo sugeriu que a pré-oferta de franquia contenha dentre outras informações: a indicação dos itens abrangidos pelas intenções inovadoras do franqueador e as condições para o seu fornecimento futuro e incorporação às franquias.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional. Serão aceitos trabalhos redigidos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br

3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

- (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
- (b) Orientação: retrato;
- (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (f) Espaçamento: antes e depois: 0 pt.; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
- (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
- (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

4. Os artigos deverão possuir:

- (a) sumário;
- (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto e o outro necessariamente o inglês;
- (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
- (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer

negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pelos Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.

7. Realizado esse procedimento, os artigos aprovados serão submetidos aos Editores e aos membros dos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, que se reunirão para avaliá-los e finalizar a seleção para a publicação, observando os critérios de qualidade e exogenia e a quantidade de artigos por número.

8. Além desses artigos avaliados anonimamente por pares, a RSDE publicará até dois artigos de convidados por número. Estes artigos serão avaliados somente pelos Conselhos Editorial e Executivo, os quais analisarão a pertinência temática com o foco e o escopo da Revista e a observância das regras formais para publicação.

9. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.