REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 13

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 2013

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL
N° 13 Julho / Dezembro de 2013

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

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

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

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

Pareceristas deste número: Caroline Da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

CAMPINHO ADVOGADOS

MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 13 (Julho/Dezembro de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.
v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral
1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416. CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

Editorial

Prezados leitores,

O presente número, referente ao segundo semestre de 2013, conta com nove artigos, destacando-se a honrosa colaboração de Maite Martínez Martínez, professora titular de Direito Mercantil da Universidade Complutense de Madrid.

Apresentam-se artigos sobre variados temas, sendo 5 (cinco) de direito societário, 1 (um) de recuperação de empresas, 1 (um) sobre direito da concorrência e antitruste, 1 (um) de análise econômica do direito e 1 (um) sobre contratos empresariais.

Na área de Direito Societário, o primeiro artigo, da professora Maite Martínez Martínez trata da inobservância do direito de informação dos acionistas, antes e durante a realização da assembleia geral (*junta general*), como motivo para impugnação de suas deliberações, analisando as inovações trazidas pela Lei espanhola nº 31, de 3 de dezembro de 2014, que modifica a Lei de Sociedades de Capital para a melhoria da governança corporativa (*gobierno corporativo*), em especial os arts. 197, 5 e 204, 3, b da LSC.

Ainda na área de Direito Societário, a RSDE publica artigo sobre a normatividade da administração judicial no Brasil, do Mestre em Direito Marcelo Lauar, advogado e Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido – UFERSA, em Mossoró/RN. Na pesquisa, o autor perquiriu o fundamento legal para o crescente número de medidas cautelares ou antecipatórias nomeando administradores judiciais para dirimir conflitos societários. Sob a metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, elegendo as sociedades limitadas como objeto e a partir de julgados paradigmas, o trabalho averigua os pressupostos constitucionais e legais da intervenção judicial. Também é realizada a hermenêutica do art. 49 do

Código Civil, constando o autor a impossibilidade de se extrair dele um conteúdo normativo uno e a viabilidade do seu manejo ampliativo enquanto fundamento legal das intervenções judiciais em conflitos societários.

Gabriela Codorniz, Mestre em Direito Comercial pela USP, advogada e professora de Direito Comercial, e Marília Lopes, advogada no Rio de Janeiro e em São Paulo, discorrem acerca da representação de acionista em assembleia geral de sociedade anônima e o posicionamento do Colegiado da CVM no Processo nº 2014/3578, os argumentos que embasaram a decisão, a interpretação do art. 126 da Lei nº 6.404/76 e as consequências para o mercado de capitais brasileiro.

O debate sobre as ações preferenciais sem direito a voto e a singularidade do voto conferido aos acionistas nas deliberações assembleares ("uma ação, um voto") é o tema central da pesquisa realizada por Lígia Padovani, advogada e pós-graduada *lato sensu* pela FGV/SP. Um dos objetivos da autora em seu artigo é desmistificar a pecha de que as ações preferenciais sem voto não são atraentes como investimento e, a partir de uma análise crítica do conceito "uma ação, um voto" e da observação das estruturas societárias propostas pelas companhias, demonstrar que elas podem exercer função muito relevante e, se bem utilizadas, se tornar indispensáveis para garantir o bom desempenho da companhia, inclusive no processo de desenvolvimento da governança corporativa.

O último artigo na área de Direito Societário, "Holding familiar", de Pedro Figueiredo Rocha, advogado e Mestre em Direito Empresarial pela UFMG, perscruta a *holding*, espécies, finalidades e benefícios, notadamente para concentrar a administração e controle de diversas sociedades, e que pode ser útil em situações apresentadas no estudo, como para o planejamento familiar e sucessório.

Na área de Recuperação Judicial, o jovem e mui talentoso advogado Carlos Martins Neto, que em breve concluirá seu Mestrado

na linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas no PPGD da UERJ, realizou pesquisa muito pertinente sobre a preservação da empresa e o acentuado (e nem sempre justificável) ativismo judicial presente em decisões de tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça. Muitos julgados se distanciam de uma interpretação técnica do texto legal sob o fundamento do princípio da preservação da empresa levado ao extremo para postergar artificialmente um estado insuperável de crise econômico-financeira ou impor a recuperação judicial a certos credores dela excluídos por lei. O autor expõe a origem do instituto da preservação da empresa, os fundamentos que informaram o processo legislativo que resultou na Lei n° 11.101/2005 e comentários a julgados que evidenciam ativismo judicial por parte dos julgadores.

Na área do direito antitruste e concorrencial, os advogados e alunos do PPGD da UERJ, na linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas, Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Villela Mafra Alves da Silva discorrem sobre a arbitrabilidade das disputas relacionadas ao direito antitruste no Brasil e a proteção da livre concorrência. Os litígios relacionados a matérias concorrenciais costumam envolver direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva) e matérias de ordem pública. O trabalho publicado examina a possibilidade de adoção da arbitragem como meio de resolução de controvérsias relacionadas a aspectos concorrenciais, utilizando como fundamento teórico a análise econômica do Direito e considerando os incentivos de uma parte realizar condutas anticompetitivas.

"O fenômeno dos ciclos econômicos no direito empresarial brasileiro pelo intervencionismo estatal: uma análise a partir do conceito de insumos para a compensação do PIS e da COFINS" é o título do trabalho de Eduardo Goulart Pimenta, Procurador do Estado de Minas Gerais e professor doutor da UFMG e da PUC/MG, em coautoria com Raphael Alves Machado, advogado e professor da FAMIG. O artigo busca supedâneo teórico na Escola Austríaca de

Economia, em seus percussores como Carl Menger, Frederick Rayek e Ludwig Von Mises, e de como uma intervenção excessiva gera o ciclo econômico da crise de mercado, contrapondo-se à filosofia econômica intervencionista da "nova esquerda". Com premissas no Direito Econômico e na Análise Econômica do Direito, examinam os autores como esta pode auxiliar na evolução conceitual dos insumos para a compensação do PIS e da COFINS.

O último artigo publicado neste número vincula-se à área dos Contratos Empresariais e se debruça sobre as hipóteses de exclusão de responsabilidade por violação contratual, previstas no art. 79 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, celebrada em Viena no ano de 1980 e promulgada pelo Decreto nº 8.327/2014. A autora, Mariana Guita Campinho, analisa o referido dispositivo da Convenção, sua esfera de aplicação, os requisitos necessários para a exclusão de responsabilidade por inadimplemento contratual e os efeitos jurídicos de tal exclusão.

Por fim, resta um agradecimento público a todos os colaboradores e avaliadores *ad hoc* deste e de números pretéritos, e membros dos Conselhos Editorial e Executivo, pelo magnífico e incansável trabalho para a seleção, revisão, confecção e publicação da RSDE.

Com apreço,

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Chefe do Departamento de Direito Comercial e Trabalho
Faculdade de Direito da UERJ

Colaboraram neste número

Carlos Martins Neto
Mestrando em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Foi professor de Direito de Empresa da Faculdade de Direito – Centro, da Universidade Candido Mendes – UCAM. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail: carlos@moreiramenezes.com.br

Eduardo Goulart Pimenta
Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Adjunto de Direito Empresarial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Adjunto de Direito Empresarial nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Puc-Minas. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. E-mail: goulartpimenta@hotmail.com

Gabriela Codorniz
Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Professora de Direito Comercial do IBMEC-RJ. Advogada no Rio de Janeiro e em São Paulo. E-mail: gcodorniz@trindadeadv.com.br

Gustavo Flausino Coelho
Mestrando em Direito (linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas) na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado. E-mail: coelhog@outlook.com

Ligia Padovani
Aluna Especial no Mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-graduada em Contencioso Empresarial e suas Estratégias pela Fundação Getúlio Vargas (SP) – *GV Law*. Advogada. E-mail: lpadovani@bocater.com.br

Maite Martínez Martínez
Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid. E-mail: maitemart2@der.ucm.es.

Marcelo Lauar Leite
Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido – UFERSA. Advogado. E-mail: marcelo.lauar@ufersa.edu.br

Mariana Campinho
Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. E-mail: mcampinho@campinhoadv.com

Marília Lopes
Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Advogada no Rio de Janeiro e em São Paulo. E-mail: mlopes@trindadeadv.com.br

Pedro Figueiredo Rocha
Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho – RJ; Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Advogado. E-mail: pedro@figueiredorocha.adv.br

Raphael Alves Machado
Mestrando pela PUC-Minas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor do curso de graduação das Faculdades Minas Gerais – FAMIG. Advogado. E-mail: raphaelmachado@jbleopoldino.com.br

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva
Mestrando em Direito (linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas) na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado. E-mail: ricardovmafra@gmail.com

Sumário

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS COMO MOTIVO PARA LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LAS JUNTAS GENERALES DE SOCIEDADES DE CAPITAL [ARTS. 197.5 Y 204.3, B) LSC]. NOVEDADES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO
Maite Martínez Martínez..... 1

O FENÔMENO DOS CICLOS ECONÔMICOS NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO PELO INTERVENCIONISMO ESTATAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DE INSUMOS PARA A COMPENSAÇÃO DO PIS E DA COFINS
Eduardo Goulart Pimenta e Raphael Alves Machado..... 29

DIÁLOGOS SOBRE A NORMATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL
Marcelo Lauar Leite..... 51

A REPRESENTAÇÃO DE ACIONISTA EM ASSEMBLEIA GERALDE SOCIEDADE ANÔNIMA: OBSERVAÇÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DA CVM
Gabriela Codorniz e Marília Lopes..... 83

PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E ATIVISMO JUDICIAL: BREVES NOTAS SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA
Carlos Martins Neto..... 113

ARBITRABILITY OF DISPUTES INVOLVING ANTITRUST ISSUES IN BRAZIL AND THE PROTECTION OF FREE COMPETITION
Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Villela Mafra Alves da Silva..... 145

A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG): ANÁLISE DE SEU ART. 79
Mariana Campinho..... 165

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO "UMA AÇÃO – UM VOTO": A UTILIZAÇÃO SOFISTICADA DAS AÇÕES PREFERENCIAIS
Ligia Padovani..... 219

HOLDING FAMILIAR
Pedro Figueiredo Rocha..... 245

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS COMO MOTIVO PARA LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LAS JUNTAS GENERALES DE SOCIEDADES DE CAPITAL [ARTS. 197.5 Y 204.3, b) LSC]. NOVEDADES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO[1]

THE INFRINGEMENT OF THE MEMBERS' RIGHT TO INFORMATION AS A CAUSE OF CHALLENGING OF THE GENERAL MEETING RESOLUTIONS IN CORPORATIONS [ARTS. 197.5 and 204.3, b) LSC]. NEWS AFTER THE REFORM OF THE CAPITAL COMPANIES ACT BY LAW 31/2014 FOR THE IMPROVEMENT OF CORPORATE GOVERNANCE

Maite Martínez Martínez

Resumen: El artículo aborda la vulneración del derecho de información de los socios como motivo para la impugnación de los acuerdos de la junta general en las sociedades de capital. Se analizan las novedades introducidas por la importante reforma de la Ley de Sociedades de Capital a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

Palabras clave: sociedades de capital, derechos de los socios, juntas generales, impugnación de acuerdos sociales.

Abstract: This paper discusses the infringement of the members' right to information as a cause of challenging of the general meeting resolutions in corporations. The innovations introduced by

[1] Artigo recebido em 26.02.2015 e aceito em 05.03.2015.

the major reform of the legal regime of Corporations Act by Law 31/2014 for the improvement of corporate governance are analyzed.

Keywords: private and public corporations, rights of members, general meetings, challenging of resolutions.

Sumario: 1. Introducción. 2. Motivaciones, antecedentes y concordancias en derecho comparado. 2.1. Antecedentes en España. Las motivaciones de la reforma. 2.2. El &243.4 de la AktG alemana. 3. La inimpugnabilidad (absoluta) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones durante el transcurso de la junta general (art. 197.5 LSC). 4. La inimpugnabilidad (relativa) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones por escrito y antes de la junta general (art. 204.3 b) LSC). 5. El tratamiento procesal de los motivos de inimpugnabilidad: valoración crítica.

1. Introducción

El tratamiento de la posible violación del derecho de información de los socios como motivo para impugnar los acuerdos de la junta general, es uno de los aspectos más llamativos de la reforma del régimen de impugnación de los acuerdos a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En efecto, la posibilidad de que prospere una acción impugnatoria cuando el motivo invocado sea la infracción del derecho de información se ve intensamente restringida como consecuencia de la reforma.

Ello es así en virtud de dos modificaciones complementarias. La primera se incardina en el régimen sustantivo del derecho de información de los accionistas y se expresa con rotunda claridad. Conforme al art. 197.5 LSC, "La vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2… no será causa de impugnación de la junta general". La norma se aplica sólo a la forma de ejercicio del derecho de información (y de satisfacción de la obligación de informar) regulada en el apartado 2 del art. 197: por tanto, a la solicitud verbal de informaciones o aclaraciones *durante* el transcurso de la junta general de una sociedad anónima, que deben responderse, siempre que sea posible, en la propia reunión.

La segunda se inserta en la novedosa incorporación a la LSC de motivos por los cuáles la impugnación resulta improcedente, esto es, de motivos de inimpugnabilidad.

> Art. 204.3 LSC: Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación

La justificación de estas disposiciones, como veremos, no resulta clara, y su oportunidad es discutible. Por otra parte, al margen de la adhesión o crítica a las opciones de política jurídica expresadas en la *Ley 31/2014*, las nuevas normas sobre la impugnación de los acuerdos de las juntas generales por defectos en la información de los socios presentan ciertas incoherencias técnicas y valorativas. La norma que declara improcedente la impugnación cuando la información proporcionada a un socio sea incorrecta o incompleta, pero no esencial para el ejercicio razonable por un socio medio de sus derechos de participación (incluido, claro, el derecho de voto) [art. 204.3 b) LSC], es aplicable solamente al derecho de información ejercitado por escrito y antes de la junta general en cualquier sociedad

de capital Pero es una norma que se contrae al supuesto de información "incorrecta o insuficiente" y no obstante, información proporcionada por los administradores a requerimiento de un socio. No está comprendido el supuesto que la violación del derecho de información proceda de una negativa a informar, por parte de los administradores, que no pueda ampararse en un motivo legítimo. Como se sabe, la reforma también modifica la norma que enumera los motivos que exoneran al órgano de administración del deber de facilitar la información solicitada por los accionistas, en tiempo, forma y sobre un asunto admisible (art. 197.3 LSC). Estos motivos se amplían para incluir, junto al supuesto tradicional del perjuicio a la sociedad (y ahora también, a las *sociedades vinculadas*) por la divulgación de la información, la ausencia de la necesidad de la misma para la tutela de los derechos de los socios, y el riesgo de su empleo para fines extrasociales.

En cambio, el art. 197.5 LSC, que afirma que no es posible impugnar los acuerdos por la violación del derecho de información ejercitado en la propia junta general, sólo resulta aplicable a la SA. Salvo que se entienda procedente una aplicación analógica que resultaría muy discutible, tratándose de una restricción en los mecanismos para la tutela de un derecho de socio, la norma no se aplica a la SRL, cuyo régimen sobre el derecho de información con ocasión de la junta general, en el art. 196 LSC, no se ve alterado con la reforma. De manera que los socios de una SRL pueden pretender la anulación de los acuerdos cuando entiendan violado su derecho de información ejercitado durante el transcurso de la junta general, sin aparentes cortapisas. Es más que dudosa la procedencia de esta diferencia de trato (entre cauces de ejercicio del derecho de información, y entre tipos societarios) que en todo caso, más que en peculiaridades vinculadas a la configuración normativa de las distintas sociedades de capital, debería fundarse en sus diferencias fácticas: el carácter abierto o cerrado (y el número de socios) de la sociedad y de sus juntas generales, la existencia o no de intensos deberes de redacción y divulgación de información societaria, la política de

comunicación con los socios al margen de la junta general, las garantías para la fiabilidad de la información contable y financiera, etc. En definitiva, en aquellas circunstancias que pueden condicionar la necesidad del socio de ampliar en la junta general la información previamente disponible, y la exigencia de tutelar a la sociedad frente a solicitudes obstructivas u oportunistas.

En todo caso, debe quedar claro que la reforma sobre la impugnabilidad de los acuerdos por el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso de la obligación de informar a los socios, afecta exclusivamente a la modalidad del derecho de información que regulan los arts. 197 (para la SA), 520 (para la sociedad cotizada) y 196 (para la SRL) de la LSC. Esto es, al derecho a obtener las informaciones o aclaraciones o la respuesta a las preguntas que soliciten o formulen los socios acerca de los asuntos del orden del día de una junta general, o si se quiere, al derecho de información *en sentido estricto.* La reforma no incide, en cambio, sobre la tutela del derecho de los socios a examinar información documental preparatoria de la junta, que deba ser formulada y hecha accesible a los socios como consecuencia de deberes informativos de inmediato origen legal[2]. El contexto (en el caso del art. 197.5) y el tenor literal (en el caso del art. 204.3 b) LSC: "la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta") no permiten albergar ninguna duda a este respecto.

El derecho de pregunta o derecho de información en sentido estricto no es, desde luego, la única modalidad del derecho de información orientada a satisfacer la necesidad de los socios de

[2] Sobre estas dos modalidades básicas del derecho de información, pueden verse, por todos, los planteamientos de URÍA, R., MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. Mª, *La junta general de accionistas*, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. V, Civitas (Madrid 1992), p. 252, ESTEBAN VELASCO, G., "Derecho de información del accionista", en AA VV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, II, *Capital y acciones*, Civitas (Madrid 1994), p. 175-253, 195, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., El d*erecho de información del accionista en la Sociedad Anónima*, MacGraw-Hill (Madrid 1999), p. 50-51.

minoría y apartados de la gestión, de obtener datos societarios relevantes. En todas las sociedades de capital, existen acuerdos sujetos a exigencias informativas preliminares de alcance variable (desde los acuerdos que competen a la junta general ordinaria, art. 272.2 LSC, hasta las modificaciones estatutarias, arts. 286 y 287 LSC, y especialmente, las modificaciones estructurales, art. 39.1 LME, por ceñirnos a las normas más generales), y que son objeto de deberes orgánicos de formulación, *verificación*, y puesta a disposición de los socios mediante diversos recursos informativos (depósito en el domicilio social para su consulta, entrega y envío gratuitos, inserción en la web corporativa), de multiplicidad de documentos y datos que pretenden hacer efectivo el criterio de transparencia en la gestión y poner a los socios en las condiciones idóneas de adoptar en la junta general los acuerdos correspondientes. Los deberes de preparar y difundir información relevante con ocasión de las juntas generales se acentúan exponencialmente en las sociedades cotizadas: basta con observar los contenidos que deben insertarse en la página web de estas sociedades desde la convocatoria de las juntas generales (art. 518 LSC). Pues bien, la reforma no incide en la trascendencia que las posibles infracciones a estos deberes de información y difusión puedan tener sobre las acciones de impugnación de los acuerdos de las juntas generales, que por este motivo, quedarán fuera de nuestro análisis.

2. Motivaciones, antecedentes y concordancias en derecho comparado: el &243.4 de la *AktG* alemana

2.1. Antecedentes en España. Las motivaciones de la reforma

El Informe (*"Estudio"*) sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (Madrid, 14 de octubre de 2013), planteó la propuesta de un nuevo art. 204.3 b) como una de las medidas que pretenden evitar

el abuso del derecho de impugnación "y su utilización con fines poco confesables"[3]. Se trataría de un supuesto de improcedencia de la impugnación que se explica por sí mismo (*Informe,* ap. 3.9). En el caso de que se hubiera proporcionado información incorrecta o insuficiente en respuesta al ejercicio del derecho de información, y esta información no hubiera sido esencial para el ejercicio razonable, por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o cualquiera de los demás derechos de participación, concurrirían motivaciones similares a las que justifican la improcedencia de la impugnación por la infracción de requisitos de procedimiento irrelevantes, a saber: la inexistencia de un interés legítimo en la anulación del acuerdo.

En cuanto a la "justificación" del nuevo art. 197.5 LSC, el Informe de la CEGC la sostiene en la relación entre los (supuestos) fines del derecho de información cuando se ejercita durante la junta general, y las sanciones que resultan proporcionadas a su desatención por la sociedad: concretamente por el órgano de administración, que ahora, finalmente, se configura como el único legitimado para denegar la información)[4]. Si hemos de atender a lo que expresa el Informe, el derecho de información ejercitado durante la junta no tendría *per se*

[3] Atendiendo a lo que expresa el Informe, la lucha contra el abuso en el ejercicio del derecho de impugnación sería el objetivo general de la reforma, al que se atiende con las modificaciones de sesgo restrictivo (sobre la legitimación para impugnar, los supuestos de improcedencia de la impugnación, y la clarificación de la posibilidad de subsanar acuerdos impugnables durante el proceso). Se daría así una respuesta normativa a la cuarta recomendación complementaria del CUBG (*Código Conthe*) de 2006, que exhortaba a estudiar las modificaciones legales precisas para evitar "el uso indebido, excesivo o abusivo de la facultad de impugnación de acuerdos de la junta general de accionistas".

[4] Por una parte, se afirma que por "la mera posibilidad legal" de que este derecho resulte atendido tras la junta general, resulta no incidir en su desarrollo, de manera que de mantenerse la violación del mismo como motivo de impugnación de los acuerdos de la junta general, existiría una evidente descoordinación el derecho supuestamente vulnerado y la consecuencia que se pretende. Además, la "experiencia práctica nos enseña que el ejercicio del derecho de información esconde muchas veces propósitos ajenos a su finalidad, y en ocasiones, se usa de forma abusiva con el propósito de crear artificialmente un motivo de impugnación" (Informe, 3.8).

influencia en el desarrollo de la misma y la posibilidad de impugnación vendría a tolerar su ejercicio con fines desviados y puramente estratégicos.

Estas afirmaciones son discutibles. Primero, porque suponen generalizar una posibilidad legal que debería entenderse como excepcional: la de postergar a un momento posterior a la junta (siete días) la información solicitada durante su transcurso, en el caso de que sea imposible de facilitar en ella (art. 197.2), y también en el supuesto, menos frecuente, de asistencia telemática del socio a la junta (art. 182). Parece cumplirse así el pronóstico de uno de nuestros más autorizados juristas, que advertía del riesgo de que en la práctica se usara habitualmente un argumento legal (la imposibilidad de proporcionar la información en la propia junta)[5], que debería ponerse en relación con la buena fe en el ejercicio del derecho de información y sus dos posibles cauces de ejercicio. De manera que sólo aquellas informaciones que por su volumen, tecnicismo o grado de detalle, deberían haberse solicitado por el accionista, actuando de buena fe, por escrito y antes de la junta, porque no es racionalmente viable improvisarlas (por no estar en la junta, por ejemplo, el personal que puede proporcionar respuestas precisas), proporcionarlas o asimilarlas durante ella (al menos, sin dilatar extraordinariamente los debates), deberían quedar postergadas a un momento posterior a ella. Esta posibilidad de demorar el suministro de la información no es satisfactoria desde la óptica de la función del derecho (que pretende contribuir, con información relevante, a la formación de la opinión colectiva sobre el asunto inquirido) y a la igualdad de trato informativo[6]. Si el legislador considera realmente que mediante el

[5] SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital.* Madrid: Civitas, 2007. p. 283-284.

[6] En las sociedades cotizadas, en virtud de la nueva norma del art. 520.2, **"**Las solicitudes válidas de informaciones, aclaraciones o preguntas realizadas por escrito y las contestaciones facilitadas por escrito por los administradores se incluirán en la página web de la sociedad". Como se ve, la previsión no se aplica a las informaciones solicitadas verbalmente durante el transcurso de la junta.

ejercicio del derecho de información en la propia junta general no se satisface un interés informativo atendible, lo coherente sería haber limitado el ejercicio de este derecho a la solicitud por escrito, antes de la junta, confiando las preguntas durante ella a la mera posibilidad de tomar la palabra e intervenir durante los debates con sujeción a las medidas ordenadoras que disponga el reglamento de la junta general o el presidente.

Ciertamente, no es que esta modalidad del derecho de información quede privada de tutela *sobre el papel*, en virtud del nuevo art. 197. 5, que faculta al accionista "para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar". Ahora bien, resulta paradójico que un derecho de información privado de su función instrumental (propiciar el voto consciente sobre asuntos del orden del día) pueda dar lugar a daños resarcibles (causalmente conectados a la privación de la información, que deberán acreditarse por el accionista defraudado), y por otra parte, en ausencia de un proceso *ad hoc* (como el de carácter especial y sumario que regula el &132 *AktG* alemana), el cumplimiento coactivo del deber de informar dudosamente llegará a tiempo como para satisfacer el interés informativo del socio.

El argumento expuesto sobre los fines puramente estratégicos ("ajenos a su finalidad") del derecho de información en la junta, pretende explicarse por sí solo, sin aportar una evidencia empírica constatable. Ciertamente, en España la litigiosidad en materia de impugnación de los acuerdos de las juntas generales es, cuantitativamente, muy abundante, y cualitativamente, aparece a menudo vinculada a la infracción del derecho de información (que parece ser el motivo más frecuente, alegado en el 38 por 100 de los supuestos)[7]. La doctrina más autorizada ha denunciado el potencial abusivo de la práctica consistente en la sistemática impugnación de las juntas, cuando existen desavenencias profundas entre las mayorías (y

[7] Conforme al recuento estadístico que ofrece VIVES RUIZ, F. *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*. Conferencia leída el 4 de noviembre de 2014 en la RAJL (separata). Madrid: RAJL 2014. p. 15-16.

sus administradores) y las minorías, sobre todo en las sociedades cerradas sin posibilidades fácticas para la desinversión. La "guerra de impugnaciones" puede obedecer al interés de lograr una transacción para obtener un buen precio por las acciones o participaciones del minoritario[8]. Si se combinan estas dos reflexiones, por un lado la conveniencia de reducir el exceso de litigiosidad, en aras al ahorro de costes y a una mayor estabilidad en el funcionamiento de las sociedades, y por otro, la frecuencia (constatada) del argumento de haberse violado el derecho de información como motivo para impugnar, parece que el legislador ha optado por lo más sencillo, que es recortar más donde hay más cantidad. No me parece lo bastante convincente, entre otros motivos porque resulta difícil acotar los supuestos de *abusividad* en el empleo del remedio impugnatorio concretamente vinculado al ejercicio *extrasocial* del derecho de información en la propia junta (que habitualmente, se asocia al ya ejercitado previamente antes de la junta, como cualquier ojeada a la abundantísima jurisprudencia en este ámbito deja ver).

Si atendemos a las propuestas normativas anteriores al Proyecto y a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no encontramos precedentes que limiten la posibilidad de basar una impugnación de acuerdos de la junta general en la violación del derecho de información. No los hay ni en la Propuesta de Código de Sociedades redactada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2002, ni en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, en la redacción original del mismo organismo (no ya en la que corresponde al Anteproyecto de CM). El art. 214-12 de la PCM, entre las disposiciones aplicables a todas las sociedades mercantiles, incluye expresamente como uno de los supuestos tasados de nulidad (frente a la regla general de la anulabilidad de los acuerdos

[8] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)" en BERCOVITZ, A. (Coord.). *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Aranzadi: Cizur Menor, 2006. p. 420, destacando las diferencias entre el empleo práctico de la impugnación en las sociedades cerradas con conflictos persistentes y las cotizadas, donde suele ser muy inferior el número de impugnaciones.

contrarios a la ley, los estatutos o lesivos), los acuerdos adoptados con violación grave del derecho de información. Y entre las exclusiones a los supuestos de invalidez (esto es, en el elenco de los *acuerdos inimpugnables* del art. 214-14), no figura ninguna alusiva a la privación de la información debida como consecuencia del ejercicio del derecho a obtenerla. En las disposiciones a aplicables a las sociedades de capital sí aparecen, en cambio, ciertas previsiones orientadas a adecuar a sus fines el ejercicio del derecho de información en la propia junta general, y también, a prevenir el abuso de la facultad para denegarla, mitigando la disparidad informativa que se produce siempre que la información se proporciona singularmente a un socio[9].

En el curso de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, las medidas restringiendo la impugnabilidad por la violación del derecho de información fueron objeto de enmiendas, cuya orientación común era restituir la posibilidad de impugnar los acuerdos, con ciertas cortapisas preventivas de las conductas oportunistas, cuando se hubiera denegado la información (o ésta no fuera veraz o completa) solicitada por los socios tanto antes como durante la junta general[10].

---

[9] Así, conforme al art. 231-69. *("Ejercicio del derecho de información del socio en la junta General"*), la posibilidad de denegar la información solicitada en la propia junta se condiciona al supuesto de "de no ser posible por las circunstancias concurrentes satisfacer el derecho del socio en ese momento". Una vez transcurridos los siete días en los que habrá que satisfacer la información solicitada e imposible de proporcionar en la propia junta, "*cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, la información facilitada por escrito, que en todo caso se incluirá como anejo del acta de la junta*". Y conforme al art. 231-71, "*Los administradores no estarán obligados a responder a preguntas concretas de los socios cuando la información solicitada esté clara y directamente disponible para todos los socios en la página web de la sociedad bajo el formato pregunta-respuesta con una antelación de cinco días a la celebración de la junta*".

[10] En el Congreso (BOCG, Serie A, nº 97-2, de 23 de septiembre de 2014), se planteó reconocer la vulneración del derecho de información como motivo para la impugnación de acuerdos de la junta general, en las enmiendas nº 25 del GP de IU (de modificación del art. 197.5), y nº 67 del GP Socialista (de supresión del art. 197.5), por lo desafortunado de las previsiones restrictivas en el texto del Proyecto y por no venir justificada la supresión de una causa legítima de impugnación. Por su parte, la enmienda nº 70 del GP Socialista proponía añadir un nuevo art. 204 *ter*,

La impresión que todo ello arroja es que no parecía existir suficiente consenso sobre las medidas restrictivas finalmente adoptadas. Desde luego, no un nivel de consenso sobre la necesidad de reprimir los abusos en el derecho a impugnar vinculados al ejercicio del derecho de información en la junta, similar al que condujo, en Alemania, a introducir en la reforma de la *AktG* por la *UMAG*[11] la norma que seguramente ha inspirado el actual art. 204.3, b) LSC: el & 243.4 *AktG*.

2.2. El &243.4 de la *AktG* alemana

El contexto de esta reforma es bien conocido tanto en su país de origen como en el nuestro. En los años anteriores a la *UMAG*, suscitaron mucha polémica algunos casos de juntas generales de *Publikumsgesellschaften* en las que los debates resultaron interminables por las prácticas obstructivas de los allí conocidos como *räuberische aktionäre*. Estos accionistas, a veces con participaciones muy poco significativas, acudían a las juntas con extensísimos catálogos de preguntas o preguntas muy detalladas, que por su relación con el orden del día, y por no tratarse de información lesiva para la sociedad (o para una empresa vinculada) no era posible denegar recurriendo a los motivos (tasados) que autorizan la negativa de la Dirección a informar en la junta (&131.4 *AktG*). Pero tampoco era posible proporcionar respuestas satisfactorias sin dilatar desmesuradamente los debates, con el consiguiente desinterés y abandono de muchos de los presentes. La estrategia obstructiva

declarando que sólo procedería la impugnación basada en la infracción *grave* del derecho de información, por parte de quien hubiera ejercitado este derecho, tanto antes como durante el transcurso de la junta general, y hubiera asistido a la junta general y hecho constar en acta la infracción antes de la adopción del acuerdo. Estas propuestas se reprodujeron en las enmiendas presentadas en el Senado (BOCG, nº 425, de 29 de octubre de 2014), núms. 7 (GP Mixto), 35 y 37 (GP Entesa pel Progès de Catalunya) y 83 y 85 (GP socialista).

[11] *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, de 22 de septiembre de 2005.

perseguía eco mediático, y provocar un comportamiento de la Dirección (negativa a informar) o del presidente de la junta (supresión en el uso de la palabra) que permitiera sostener la impugnación de los acuerdos, y así, obtener ventajas particulares a cambio de no presentar o desistir de estas demandas[12]. La necesidad de erradicar estos comportamientos oportunistas, ha seguido presente en los debates en torno a las reformas posteriores sobre el régimen de la junta general y de la impugnación de acuerdos, como expresó el Ministerio de Justicia alemán con ocasión de incorporar la Directiva 2007/36/CE sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en sociedades cotizadas (a través de la *ARUG*, de 30 de julio de 2009)[13]. De hecho, el art. 9 de la Directiva ("*Derecho a formular preguntas*"), que garantiza a los accionistas, sin limitaciones aparentes, el derecho a obtener de los administradores respuestas a las preguntas que formulen en relación a

[12] Para una descripción del fenómeno en Alemania, vid., por todos, MARTENS, *Leitfaden für die Leitung der Hauptversannlung einer Aktiengesellschaft*, 2ª ed., Köln, 2000, p. 11-17, y en "Die Reform der aktienrechtlichen Hauptversammlung", AG, 5/2004, p. 238 et al; más recientemente, KOCHER, D.; LÖNNER, A., "Das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung nach der Aktionärsrechhterichtlinie", *AG*, 5/2010, p. 153-158, 153-154. Entre nosotros, describen la problemática de los "accionistas ladrones" y su influencia sobre las reformas del régimen de impugnación de los acuerdos en la *AktG*, JUAN y MATEU, F. "La reforma de la *Aktiengesetz* alemana por la *UMAG* de 22 de septiembre de 2005", *RdS,* nº 25 (2005), p. 187 et al., 198-201, MARTÍNEZ, M., "El reglamento de la junta general y la información de los accionistas en las sociedades cotizadas: la insuficiencia del enfoque autorregulador", en AA VV, *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho Concursal. Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Madrid: Marcial Pons, T. II, 2006. p. 917 et al., 926-927, FUENTES NAHARRO, "El 'accionista depredador'. Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada", *RDBB* nº 128 (2012), p. 7-34, y sucintamente, HERNADO CEBRIÀ, *El abuso de la posición jurídica de socio en las sociedades de capital*. Barcelona: Bosch, 2013. p. 196.

[13] "Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie". FUENTES NAHARRO, op. cit., p. 14, alude al comunicado de prensa del Ministerio de Justicia de 29 de mayo de 2009 que contenía una *definición* de tales accionistas, como aquellos que ejercitan acciones de impugnación de acuerdos de la junta con el único propósito de perturbar significativamente la política de la empresa y obtener ventajas económicas por desistir de la acción.

los puntos del orden del día de la junta general, ha suscitado cierta inquietud por su amplitud[14].

La reforma de la *AktG* a través de la *UMAG*, por lo que aquí interesa, se ciñe a dos extremos. El primero consiste en autorizar al presidente de la junta general, cuando lo prevean los estatutos o el reglamento de la junta general, a limitar temporalmente el uso de la palabra para el ejercicio del derecho de información (&131.2)[15]. El segundo limita la posibilidad de impugnar un acuerdo de la junta general, por causa de la negativa a informar o por haberse proporcionado información incorrecta o incompleta. Conforme al &243.4, sólo procede la impugnación por estos motivos, si de acuerdo con un criterio objetivo un accionista consideraría que la concesión de la información es un presupuesto esencial para la adecuada salvaguarda de sus derechos de participación y su condición de miembro. El alcance restrictivo de esta norma no es pacífico, con una tendencia a interpretar en términos congruentes, las circunstancias que autorizan a impugnar un acuerdo por la infracción del derecho de

[14] Algún autor ha cuestionado la compatibilidad con el art. 9 de la Directiva del régimen nacional, más restrictivo y uniforme para todas las sociedades anónimas, sobre el derecho de información de los accionistas (&131): KERSTING, C. (2009), "Ausweitung des Fragerechts durch die Aktiönarsrechterichtlinie", *ZIP*, 49/2009, p. 2317-2324. En general, esta compatibilidad se acepta, considerando que la Directiva (art. 9.2) sujeta "*el derecho a formular preguntas y la obligación de responder*" a las medidas nacionales que se adopten con el fin de garantizar, entre otros extremos, "el correcto desarrollo y la preparación de la junta general y la protección de la confidencialidad empresarial". Por todos, en respuesta a la tesis de KERSTING, KOCHER, y LÖNNER, "Das Auskunftsrecht in der HV", cit., *AG*, 5/2010, p. 153-158, 155-56, y PÖSCHKE, M. (2010), "Auskunt ohne Grenzen? Die Bedeutung der Aktiönarsrechterichtlinie für die Auslegung des &123 Abs. 1 Satz 1 AktG", *ZIP*, 26/2010, p. 1221-1224.

[15] Esta precisión es importante porque en Alemania, el derecho de información ("*Auskunfts-* o *Fragerecht*) se ha concebido tradicionalmente como un derecho autónomo y de rango superior al mero derecho de voz o de palabra, que se entiende implícito en las facultades de participación del socio en las deliberaciones de un órgano colegiado como la junta general; aunque en la práctica, y como afirma expresivamente el notario WACHTER, T., "Beschränkung des Frage- und Rederechts von Aktiönaren", *DB*, nº 15, p. 829-835, 833, puede ser complicado distinguir cuando el accionista simplemente habla y cuándo pregunta (las preguntas retóricas serían un buen ejemplo).

información, y los presupuestos para que su ejercicio resulte legítimo. Esto supone asimilar el supuesto de impugnabilidad por la violación del derecho de información (esto es, el supuesto de no haberse proporcionado las informaciones esenciales para la participación de los accionistas), con el que autoriza a la Dirección a denegar las informaciones solicitadas porque no son "necesarias" y por tanto, obligatorias conforme al &131.1[16].

La reforma de la *UMAG*, en cambio, descartó otras propuestas más restrictivas del derecho de impugnación que contaban con autorizados defensores. En particular, las medidas que restringirían la legitimación de los socios, supeditándola a la titularidad de un cierto porcentaje accionarial, o a un vínculo con la sociedad de cierta duración. El régimen vigente en Alemania, mantiene la legitimación del socio singular para impugnar acuerdos anulables, y se limita a exigir que el demandante haya adquirido sus acciones antes de la publicación del orden del día de la junta (&245,1 y 3)[17]. A la hora de valorar los parecidos entre los límites a la impugnación por la lesión del derecho de información del &243.4 *AktG*, y los que resultan del nuevo art. 204.3 b) LSC, es preciso tener en cuenta, por último, que en Alemania el derecho de pregunta se reconoce sólo para ser ejercitado –y sobre todo, satisfecho- en la propia junta general (y no con anterioridad a la misma)[18]. Creo que la conclusión se impone por sí sola: sin que las circunstancias empíricas lo justifiquen, las restricciones a la impugnación de los acuerdos por defectos en la

[16] Vid. en esta línea KERSTING, "Ausweitung des Fragerechts", p. 2323, y KOCHER y LÖNNER, "Das Auskunftsrecht in der HV", p. 157, con ulteriores referencias bibliográficas.

[17] Vid. sobre estas propuestas, con abundantes referencias bibliográficas, R. VEIL, "Klagemöglichkeiten bei Beschlussmängeln der Hauptversammlung nach dem UMAG", *AG,* 15/2005, p. 567 et al, 568.

[18] Así, conforme al &131.1, "*A cada accionista se le proporcionará en la junta, previa solicitud, información sobre asuntos de la sociedad en la medida en que resulte necesaria para una valoración objetiva de los puntos del orden del día*".

información proporcionada a los socios, que resultan de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital española, son mayores que las introducidas en el autorizado referente alemán.

3. La inimpugnabilidad (absoluta) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones durante el transcurso de la junta general (art. 197.5 LSC)

El art. 197.5 LSC expresa una opción de política jurídica abiertamente cuestionable, pero inequívoca. Literalmente, la vulneración del derecho de información ejercitado en el transcurso de la junta general, no será causa de impugnación de ésta. La norma se aplica sólo a la sociedad anónima, y su carácter restrictivo de derechos (de los recursos para la tutela de los intereses que protege uno de los "derechos mínimos" de los socios) no permite, en mi opinión, su aplicación analógica a la SRL.

Es indiferente cuál sea la gravedad de la "infracción" del derecho de información que se haya producido en el caso concreto. Puede tratarse de la negativa, por parte de los administradores, a proporcionar a los socios la información solicitada, sin alegar motivo alguno o alegando como pretexto un motivo infundado: la posible lesión de los intereses de la sociedad o de una sociedad "*vinculada*" por la *publicidad* de la información, el carácter innecesario de la información, la sospecha de su empleo para fines extrasociales, la ausencia de relación alguna con los asuntos del orden del día, la imposibilidad de proporcionar la información en la propia junta, sin facilitarla en los siguientes siete días siguientes… O puede haberse proporcionado información insuficiente (negativa parcial a informar) para la tutela de los derechos del socio, y concretamente para orientar su participación y voto en la junta, o bien haberse proporcionado información errónea.

Por otra parte, literalmente entendida, la norma podría no tener un alcance alguno, ya que lo que dice era de sobra conocido. En

efecto, la violación del derecho de información no puede considerarse motivo de impugnación de la junta general, sino motivo de impugnación de los acuerdos adoptados sobre el asunto acerca del cual el accionista solicitó información oportuna y ésta le fue denegada sin fundamento[19]. La infracción del derecho de información no es un *defecto procedimental* en sentido estricto (sí en sentido amplio, si se entienden por estos defectos todos los "extrínsecos" al contenido del acuerdo), ya que no compromete la válida constitución de la junta general. Así las cosas, hay que reconocer que para quien discrepa de la opción que expresa la norma (la imposibilidad de impugnar acuerdos por la violación del derecho de información ejercitado durante la junta) es intensa la tentación de interpretarla acogiéndose a su –errónea- literalidad y vaciarla así de sentido. Éste no sería, sin embargo, un proceder adecuado para un jurista riguroso. Tanto las motivaciones expresadas en el Informe de la Comisión de Expertos para el Gobierno Corporativo, como la necesidad de una interpretación coordinada del art. 197.5 con el art. 204. 3 b) de la LSA, conducen a la inevitable conclusión de que se ha pretendido privar de virtualidad a la violación del derecho de información ejercitado en la propia junta, como motivo de impugnación de los acuerdos.

[19] Esta es la consecuencia, común a la violación del derecho de información en cualquiera de sus modalidades de ejercicio, que se ha afirmado recurrentemente en la abundante jurisprudencia sobre este derecho en el marco del proceso de impugnación de acuerdos de las juntas generales. Por mencionar una sentencia reciente y representativa, dictada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, puede verse en esta línea la STS 19-9-2013 (*Cementos Aliaga,* SA) (ECLI:ES:TS:2013:4950): "*Correlativamente, la negativa de la sociedad a suministrar… toda la documentación solicitada constituyó una vulneración del derecho de información del socio que vicia de nulidad los acuerdos en relación a los cuales solicitó la información*" (FD Séptimo).

4. La inimpugnabilidad (relativa) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones por escrito y antes de la junta general (art. 204.3 b) LSC).

El art. 204. 3 b) LSC trata de limitar la impugnación de los acuerdos de las juntas generales cuando el motivo alegado por el demandante para su invalidez, sea "la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta". El criterio de partida es restrictivo: no procederá la impugnación por estos motivos, a no ser que la información incorrecta o no facilitada "hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación".

A diferencia del supuesto de ejercicio del derecho de información en la propia junta, la norma se aplica tanto a las sociedades anónimas como a las de responsabilidad limitada. Ningún otro sentido puede atribuirse a la expresión alternativa "accionista o socio medio". Y también a diferencia del primer supuesto, la declaración de improcedencia de la impugnación no se hace extensiva a cualquier supuesto de "*vulneración*" del derecho de información, sino sólo a las infracciones de menor alcance que la simple negativa –infundada- a informar, esto es, a los supuestos de haberse facilitado información no veraz o insuficiente. Atendido esto, y en teoría, la simple negativa a informar por escrito y antes de la junta general, sin motivación alguna, o con una motivación cuya verosimilitud no parezca objetivamente fundada, sigue siendo motivo de impugnación de los acuerdos a los que se refería la información solicitada –y denegada.

Sin embargo, esta opción normativa parece poco coherente y escasamente efectiva. Lo primero, porque no es evidente que la información incompleta (que por serlo, puede resultar equívoca) y, sobre todo, la información errónea, sean infracciones del derecho de información de menor alcance –en términos de influencia potencial

sobre las opciones del socio para el ejercicio de sus derechos y la orientación de su voto- que la simple negativa a informar. Lo segundo, porque para ampararse en el supuesto de (relativa) inimpugnabilidad, lo más probable es que los administradores decidan proporcionar siempre alguna información (de las solicitadas por escrito y antes de la junta), siquiera genérica e inexpresiva, antes de arriesgarse a las consecuencias (la impugnación del acuerdo por los socios legitimados, sin límites aparentes) de una negativa categórica a informar. En muchos supuestos, en los que no se pidan detalles precisos sobre asuntos muy concretos, resultará sencillo sortear así la distinción entre información proporcionada e insuficiente, e información simplemente denegada.

La mayor dificultad del precepto, viene dada por la imprecisión de los términos a los que se condiciona la posibilidad de impugnar y su carácter esencialmente valorativo. A la hora de decidir la admisión de la demanda de impugnación fundada en haberse facilitado al socio información insuficiente o errónea, el juez tendrá que proceder, más que a apreciar la concurrencia de hechos objetivos, a realizar valoraciones complejas y con variables circunstanciales. No se trata, además, de valorar sólo la funcionalidad de la información sustraída o errónea para orientar el voto en la junta general, algo ya de por sí complejo cuando el *asunto* al que la información se refiere es de cierta amplitud, como sucede (según reconoce la doctrina y revela la praxis judicial) con los que competen a la junta general ordinaria (aprobación de las cuentas, de la gestión y aplicación del resultado), para los que resulta oportuna casi cualquier solicitud de información que propicie la transparencia de la gestión, y revele operaciones societarias de cierta trascendencia[20]. Se trata de apreciar si la

[20] La junta general ordinaria es el escenario más conflictivo para el ejercicio del derecho de información, precisamente por la función que asume como órgano fiscalizador de la gestión y escenario de la "rendición de cuentas" a los socios. En la doctrina por todos, URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS. *Junta general*. cit., p. 255, y ESTEBAN VELASCO. *Derecho de información*. cit. p. 222 a 224. La jurisprudencia reciente ha ido mucho más allá de las ideas sostenidas en la doctrina sobre la amplitud admisible del derecho de información como derecho de aclaración

información resulta *esencial* para la tutela de cualquiera de los demás *derechos de participación* de los socios.

Así expresada, la condición de procedibilidad (para admitir la impugnación), parece tener un perímetro más estrecho que el que corresponde al nuevo motivo que autoriza a los administradores a denegar la información, basado en el carácter *innecesario* de la misma para "*la tutela de los derechos del socio*". Sólo procederá la impugnación cuando la información resulte, no ya *necesaria* (claramente útil o relevante) para tutelar los derechos de socio en general (incluidos los económicos), sino *esencial* para el ejercicio de los *derechos de participación*: básicamente, además del voto, los de asistencia y representación. Creo que hay que incluir también los derechos de participación que se atribuyen a las minorías y concretamente, en el caso de una SA, el derecho al complemento de convocatoria (art. 172 LSC) y, en el caso de una cotizada, a presentar nuevas propuestas de acuerdo (art. 519), siempre que los accionistas que ejerciten su derecho de información reúnan los porcentajes (del 5 y del 3 por 100, respectivamente) requeridos por la ley (o los estatutos) para ejercitar tales derechos de participación. En otros

---

o pregunta sobre los asuntos del orden del día (y no de inspección documental), a través de un buen número de sentencias dictadas respecto a sociedades anónimas cerradas con conflictos entre socios, escasa transparencia e indicios de gestión irregular, en las que ha parecido pertinente cualquier solicitud de información y acceso a la documentación (detalles de los libros contables, liquidaciones fiscales, facturas, listados de clientes, etc.) cuando la solicitaban socios con porcentajes superiores al 25 por 100 del capital. Conforme al art. 197. 4 LSC, no es posible denegar la información a socios con este porcentaje, invocando la protección de la sociedad frente a la publicidad de datos confidenciales (y ahora, invocando los nuevos motivos de denegación): STS 1-12-2010 (ECLI:ES:TS:2010:7680); STS 21-3-2011 (ECLI:ES:TS:2011:2160); STS 21-11-2011 (ECLI:ES:TS:2011:8011); STS 30-11-2011 (ECLI:ES:TS:2011:8312); STS 16-1-2012. Sobre las tesis sostenidas en estas sentencias, vid. MARTÍNEZ, M., "Nuevas tendencias sobre el alcance del derecho de información en relación con las cuentas anuales, ejercitado por minorías cualificadas en sociedades anónimas cerradas", *RdS* nº 38 (2012), p. 379-396, y CAMPINS, A., "Reforzamiento jurisprudencial del derecho de información de los accionistas en materia de cuentas anuales", *RDM* nº 284 (2012), p. 423-442). Estas orientaciones se han visto respaldadas con la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª (Civil) del TS, 19-9-2013 (ECLI:ES:TS:2013:4950).

términos: existirá información que los administradores estarán obligados a proporcionar con arreglo al régimen *sustantivo* del derecho de información (arts. 197 y 196 LSC) pero que, en caso de no proporcionarse satisfactoriamente, no permitirá impugnar los acuerdos adoptados sobre el asunto acerca del cual se pidió la información.

Esta circunstancia se dará también cuando quien ejercita el derecho de información antes de la junta, en una sociedad anónima, sea la *minoría* legal o estatutaria frente a la que no se pueden oponer los motivos (del art. 197.3) que autorizan a los administradores a denegar la información (art. 197.4). Si a ello añadimos el porcentaje mínimo del 1 por 100 del capital social (art. 206.1 LSC), o el 1 por 1000 en el caso de una cotizada (art. 495.2 b) LSC) , que precisa la legitimación para impugnar de los socios, el carácter restrictivo de la reforma queda en evidencia: existirán violaciones del derecho de información individual, ejercitado antes de la junta, o del derecho de información cualificado que corresponden a las minorías, cuya *sanción* no podrá consistir en la anulación de los acuerdos adoptados sobre el asunto respecto al que se sustrajo información oportuna (relacionada con un asunto del orden del día, necesaria para la tutela de los derechos de socio, y no perjudicial para la sociedad). Los otros remedios que ahora incorpora el art. 197.5 LSC, el cumplimiento coactivo de la obligación de informar, y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados al socio, o llegarán tarde para satisfacer el interés a la información (caso del primero, para el que no existe un procedimiento judicial idóneo), o estarán sometidos a rigurosas exigencias probatorias (caso de la acción resarcitoria) que hacen difícil su viabilidad; y se prestan, no obstante, a los mismos e incluso mayores riesgos (litigiosidad *oportunista* y estratégica) que los que se han imputado a las acciones de impugnación.

En el caso de las sociedades cotizadas, parece difícil, a priori, que pueda darse el supuesto de que la información resulte *esencial* para la tutela de los derechos de participación de los socios, tratándose del derecho ampliado de información que tienen los accionistas de estas sociedades, y que les permite solicitar las aclaraciones que

estimen precisas sobre "la información accesible al público que la sociedad hubiera facilitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general" aunque no guarde relación con el orden del día de la junta[21]. En efecto, cuando los accionistas soliciten por escrito la ampliación de información relevante previamente difundida, y que no guarde relación con el orden del día, lo habitual será que no se trate de información esencial para la deliberación y la votación de las propuestas de acuerdo sometidas a la junta general. Resulta coherente, por tanto, que la negativa a proporcionar las aclaraciones solicitadas sobre la información relevante previamente difundida al mercado, no pueda sostener por lo general la impugnación de un acuerdo de la junta general. Podrá ser información útil para valorar la gestión o alguna operación determinada (y por tanto, guardar una conexión laxa con la *agenda* de la junta general), pero no parece sencillo que informaciones que habrán podido difundirse varios meses antes de la fecha de la junta y habrán sido ya *procesadas* en términos de valor de cotización de las acciones, resulten *esenciales* para el ejercicio de los derechos de participación de los accionistas. Y en general, en las sociedades cotizadas, incluso cuando se ejercite el derecho de información *convencional* (esto es, se soliciten informaciones o aclaraciones o se formulen preguntas sobre asuntos del orden del día), resultará más difícil apreciar el carácter esencial de las mismas para la participación de los socios. El motivo no es otro que los intensos deberes de *disclosure* a que están sometidas estas sociedades, en todo momento y específicamente, con ocasión de las juntas generales (art. 518 LSC).

[21] La expresión "*información accesible al público*", debe entenderse referida, como afirma SÁNCHEZ CALERO, F., *Junta general*. cit., p. 679, a la "información relevante" en los términos del art. 82 LMV: aquella "*cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario*". Al margen de la mayor o menor amplitud del término, es evidente que no se trata necesariamente de información relacionada con el orden del día, sino de información de interés para el mercado que los accionistas, en su condición de inversores cualificados, pueden ampliar en la junta general.

En las sociedades no cotizadas, de carácter cerrado y personalizado, donde la información regularmente accesible a los socios es escasa y poco fiable (recordemos que se trata, habitualmente, de sociedades que presentan cuentas abreviadas y sin auditar), la cuestión es si el art. 204.3 b) LSC pondrá fin a la tendencia jurisprudencial afirmada en los últimos años, sobre el alcance expansivo del derecho de información ejercitado por minorías con amplios porcentajes de participación. Mi impresión es que esto no es así necesariamente. La cuestión de qué información resulta *esencial* para la participación de los socios en sociedades opacas, con indicios de mala gestión, con conflictividad persistente con los socios minoritarios y sin posibilidades fácticas de desinversión, seguirá confiada a la apreciación de las circunstancias. En la medida en que los tribunales sigan considerando que los socios con minorías significativas tienen un derecho al control de los administradores, a través de la información que pueden recabar con ocasión de la juntas generales ordinarias, y que este derecho resulta esencial para hacer efectivo el principio de transparencia de la gestión social (como afirma la STS de 30-11-2011) y para la tutela de la condición de socio, la impugnación de los acuerdos adoptados por aquellas juntas podrá continuar siendo viable.

5. El tratamiento procesal de los motivos de inimpugnabilidad: valoración crítica

En mi opinión, la reforma de mayor alcance en relación con la violación del derecho de información de los socios ejercitado antes de la junta general, como motivo para la anulación de los acuerdos adoptados en ella, no deriva de la configuración de la causa de impugnación, sino de su tratamiento estrictamente procesal. Y es que, como sucede con los otros motivos por los que "no procederá" la demanda de impugnación (es decir, con todos los motivos de

inimpugnabilidad del elenco del art. 204.3)[22] "presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento".

Ciertamente, en el debate precedente sobre los criterios que debían presidir la reforma del régimen de impugnación que, desde hace años, parecía necesaria para reducir la litigiosidad y garantizar la seguridad jurídica de las sociedades y los acuerdos de sus órganos, autorizadas opiniones habían abogado por introducir algún procedimiento preliminar de inadmisión de las demandas claramente infundadas o abusivas[23]. Sin embargo, esta reforma procesal no se contenía en el Proyecto de la Ley, sino que se introdujo a través de la enmienda nº 58 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. La enmienda se declara inspirada en una de las medidas sugeridas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley, para evitar la intolerable inseguridad sobre la validez de los acuerdos, en función de los nuevos criterios de

[22] Esto es, la impugnación basada en infracciones irrelevantes de requisitos meramente procedimentales, en la participación no relevante de personas no legitimadas, y en la emisión de votos inválidos o el cómputo erróneo de los emitidos, cuando no resulten determinantes para la consecución de la mayoría (con arreglo a la *prueba de la resistencia*).

[23] A favor de que el reproche hacia la impugnación "no espere a la completa tramitación del procedimiento y a que recaiga sentencia", sino que pueda ser valorado en un momento inicial, vedando el acceso a la jurisdicción de demandas abusivas, vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. "Propuestas de revisión de la impugnación de acuerdos (especial referencia a las sociedades cotizadas)" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y otros (Coord.). *La Junta general de las sociedades de capita:* Cuestiones actuales. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 396-425, 423. También QUIJANO, J. Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales, en AA. VV., *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España:* Cuestiones pendientes de reforma, T. I, ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2011. p. 261 et al., 290, entendía que entre las especialidades procesales del proceso de impugnación, debía figurar la posibilidad para el juez de lo mercantil de valorar la procedencia de la demanda en el trámite de admisión.

inimpugnabilidad, durante la larga pendencia del proceso de impugnación[24].

No parece, sin embargo, que tal como ha sido prevista, la inadmisión de la demanda –y la consiguiente conclusión del proceso, sin pronunciamiento sobre el fondo- en incidente de previo pronunciamiento, resulte técnicamente idónea, y admisible desde el punto de vista de las garantías procesales, para resolver *preliminarmente* cuestiones jurídicas tan controvertidas (valorativas y circunstanciales) como el carácter esencial de la información no proporcionada antes de la junta para ejercicio razonable de los derechos de participación de los accionistas. De entrada, hay que recordar que no se ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo criterio rector, por lo que se refiere a la admisión de las demandas[25], deja ver el rechazo a los prejuicios sobre el fondo, fundado en el principio de la tutela judicial efectiva[26]. La inadmisión

[24] "A la vista de la infinita casuística que cabe imaginar (la fenomenología es tan rica que se resiste a una clasificación o a una enumeración de grupos de casos), de prosperar la reforma, las sociedades están condenadas a soportar una inseguridad jurídica mayúscula con el riesgo de que, al cabo de mucho tiempo, confiados los administradores en el carácter irrelevante de los vicios no invalidantes de ciertos acuerdos, se puedan encontrar ellos y los socios, después, con una sentencia de nulidad de un acuerdo adoptado quizás en el lejano pasado; anulación cuya ejecución puede crear un caos organizativo interno si existen acuerdos posteriores al afectado por el vicio (pensemos en aumentos y reducciones de capital adoptados con posterioridad o actos jurídicos realizados por el administrador nombrado en junta anulada)" (Informe del CGPJ, 46).

[25] Art. 403.1 LEC: "Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley".

[26] En esta línea DE LA OLIVA, A., "¿Debe limitarse el derecho de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas cotizadas?", *RDBB*, nº 104, 2006, p. 163 et al, 166, consideraba injustificado para casos de impugnación de acuerdos de juntas generales de sociedades, cotizadas o no, un juicio inicial de "prosperabilidad" de la demanda, recordando que conforme al principio general que consagra el art. 403.1 LEC, es preferible "el riesgo de demandas desprovistas de todo fundamento al riesgo de denegaciones de justicia sumarias". Se trata de una idea consolidada en la doctrina procesalista: MONTERO AROCA y otros. *Derecho jurisdiccional*. 19 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. vol. II, p. 195 y ORTELLS RAMOS, M.; BELLIDO PENADÉS, R. *Derecho procesal civil*, 8 ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2008. p. 299.

por la previsible falta de éxito de la pretensión procesal que contiene la demanda, sólo se justifica en casos tasados y expresos, cuando de un modo evidente la tutela solicitada por el demandante no está amparada por el Ordenamiento[27].

Las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento son aquellas, relacionadas con la falta de presupuestos procesales, que por su naturaleza suspenden el curso de las actuaciones hasta que sean resueltas, mediante el incidente específico regulado en la LEC para la excepción procesal de que se trate (caso de la declinatoria de competencia), o por el cauce del procedimiento incidental ordinario de los arts. 392 y 393 de la LEC[28]. Y que podrían poner fin al proceso, sin pronunciamiento sobre el fondo, en el caso de resultar estimadas. Conforme a los criterios deducibles de la LEC, no parece idóneo resolver con carácter incidental y previo, la oposición a una demanda consistente en negar los hechos en que ésta se funda o en cuestionar su valoración jurídica. Unos y otros argumentos conducirán, en su caso, a la desestimación de la demanda en la sentencia[29]. Desde esta óptica, y respecto a los motivos de impugnación que nos ocupan, parece que podrían desestimarse incidentalmente las demandas que se funden exclusivamente, en la vulneración del derecho de información ejercitado durante la junta general, ya que la impugnación por este motivo ha quedado privada de amparo normativo (art. 197.5 LSC). No así, en cambio, la vulneración del derecho de información ejercitado antes de la junta, respecto a la que el juez deberá valorar los hechos constitutivos (que se proporcionó información inexacta o insuficiente),

---

[27] ORTELLS/ BELLIDO. *Derecho procesal civil*. cit., p. 299.

[28] GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. en CORDON MORENO, F., y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2 ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2011. v. 1. p. 1621. El art. 391 LEC dispone que son cuestiones incidentales de previo pronunciamiento, aparte de las previstas como tales expresamente en la LEC (como *excepciones procesales*), las circunstancias sobrevenidas después de la audiencia previa en el juicio ordinario, en relación con la capacidad y representación de los litigantes, u otras incidencias acaecidas durante el juicio y cuya resolución sea necesaria para la continuación del mismo.

[29] MONTERO AROCA. Op. cit., p. 214-16.

y la cuestión jurídica de si la información que se sustrajo a los socios resultaba o no esencial para la tutela de sus derechos de participación.

A estas objeciones hay que añadir otras de índole más *técnica*, como la ausencia de precisiones sobre la iniciativa y el momento de plantear el incidente de inadmisión de las demandas de impugnación en los supuestos del art. 204.3 LSC. No parece que este incidente pueda promoverse de oficio por el juez, sino que se planteará, conforme a las reglas generales de la LEC, a instancia de parte (la sociedad demandada, en este caso)[30]. Se entienden y comparten, por tanto, las críticas ya vertidas sobre esta manera de resolver procesalmente las cuestiones que suscitarán los nuevos supuestos de inimpugnabilidad de los acuerdos sociales, y el escepticismo expresado sobre la disposición de los jueces a inadmitir las demandas por estos motivos[31].

[30] Conforme al art. 392.1 LEC, "*las cuestiones incidentales se plantearán por escrito, al que se acompañarán los documentos pertinentes y el que se propondrá la prueba que sea necesaria*…".

[31] Poco antes de aprobarse la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre*, VIVES, F., *La impugnación*, p. 17-21, abogaba por una reforma procesal que pasaría por modificar el art. 403 LEC, ampliando los supuestos de inadmisibilidad de las demandas, y además, por el cambio de hábitos de nuestros jueces que "*actualmente, ni siquiera utilizan en la práctica para esta finalidad* – la inadmisión de la demanda – *el trámite de la audiencia previa*" (p. 21).

O FENÔMENO DOS CICLOS ECONÔMICOS NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO PELO INTERVENCIONISMO ESTATAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DE INSUMOS PARA A COMPENSAÇÃO DO PIS E DA COFINS[1]

THE PHENOMENON OF ECONOMIC CYCLES AT THE BRAZILIAN BUSINESS LAW BY THE STATE INTERVENTIONISM: AN ANALYSIS FROM THE CONCEPT OF INPUTS TO TAX OFFSET.

Eduardo Goulart Pimenta
Raphael Alves Machado

Resumo: Busca-se retroceder aos conceitos dos ciclos econômicos elaborados pela Escola Austríaca de Economia com a finalidade de contextualizar o mercado empresarial brasileiro no exemplo dos mecanismos de indução do direito econômico e ainda nos recentes julgados sobre a conceituação de insumos para compensação do PIS e da COFINS.

Palavras-chave: Ciclo Econômico. Intervencionismo. Compensação Tributária. Insumos.

Abstract: Set back to Cycle Economic developed for Austrian School of Economics in order to place the Brazilian business market in the example of induction mechanism of economic law and yet in recent judgements of tax offset.

Keywords: Economic Cycle. Interventionism. Tax offset. Input.

[1] Artigo recebido em 20.02.2015 e aceito em 02.03.2015.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ciclos econômicos e direito empresarial, um retorno a escola austríaca. 3. Do ambiente empresarial brasileiro. 4. A conceituação de insumo para a compensação da PIS-COFINS pela AED. 5. Conclusão.

1. Introdução.

Objetiva-se com o presente trabalho estabelecer uma colaboração para o relevante estudo do Direito empresarial.

Mas, o corte epistemológico aqui optado não partirá para a questão microeconômica dos aspectos endógenos que permeiam as previsões normativas deste ramo jurídico.

Para o direito empresarial florescer é necessário que haja um ambiente econômico próspero, pronto, para a instalação dos agentes de mercado, estruturações societárias, formações de clientela, aviamento, etc.

Sabedores de que o Estado é um forte interventor no domínio econômico, sendo os pilares da Livre Iniciativa e da Valorização do Trabalho Humano são diretamente afetados por ambiente inseguro e imprevisível, buscar-se-á no presente trabalho estabelecer uma correlação entre tal intervenção e a higidez do mercado para que os agentes privados atuem.

Assim, o trabalho será conduzido, primeiramente, pelas relevantes considerações sobre a Escola Austríaca de Economia, em seus percussores como Carl Menger, Frederick Rayek e Ludwig Von Mises, e de como uma intervenção excessiva gera o ciclo econômico da crise de mercado, contrapondo-se a filosofia econômica intervencionista da "nova esquerda".

A partir daí, será dissecado, ainda que em modelo simples, os diversos agentes que compõem o mercado brasileiro e a interação

destes com o Agente Privado, para se visualizar a complexidade do processo de tomada de decisão deste.

Com premissas no Direito Econômico e na Análise Econômica do Direito, será por fim analisado como esta pode auxiliar na evolução conceitual dos insumos para a compensação do PIS/COFINS.

A conclusão buscará afastar os credos do intervencionismo excessivo como correlativo de um mercado mais justo, pois, no fim, todos pagarão pelo benefício de alguns.

2. Ciclos Econômicos e Direito Empresarial. Um Retorno À Escola Austríaca.

Atualmente, têm se destacado no universo econômico ideias modernas de viés socialistas, como a redistribuição de Thomas Piketty[2], para quem, em última análise, o estabelecimento de um imposto global traria uma maior igualdade.

O Autor francês tem seus méritos, como um judicioso trabalho empírico e uma escrita coerente. Mas, nem por isto, sua obra deve ser tida como inquestionável.

Algumas das premissas levantadas por Piketty partem para o chamado jogo de soma-zero, em que o tanto a mais que uma parte da população é detentora do capital de uma comunidade, é o mesmo tanto que a outra parte da população é deste esalojada, é o que se vê no gráfico 8.6, da obra Capital no Século XXI.

[2] Como já vimos, a instituição ideal que seria capaz de evitar uma espiral infindável de aumento da desigualdade e também retomar o controle da dinâmica em curso seria um imposto progressivo global sobre o capital. Um instrumento como esse teria ainda o mérito de gerar a transparência democrática e financeira dos patrimônios, o que é uma condição necessária para a regulação eficaz do sistema bancário e dos fluxos financeiros internacionais. O imposto sobre o capital faria prevalecer o interesse geral em detrimento do interesse privado, preservando, a um só tempo, a abertura econômica e as forças da concorrência. (PIKETTY, Thomas. *Capital no século XXI.* 1ª ed. São Paulo: Intrínseca, 2014. p. 589).

Outro pensador de grande influência na pós modernidade é o esloveno Slavoj Žižek, participante ativo de movimento como o *Occupy Wall Street*, que, com ideais de uma nova esquerda, tem se destacado. A profundidade e densidade da obra De Slavoj Žižek[3] merecem uma reflexão apurada, certamente que de abrangência superior ao espaço permitido por este trabalho. Mas, a questão aqui posta em debate não necessita de tamanha meditação, e sim enxergar como estes movimentos da nova esquerda corrompem os credos do Direito empresarial.

Quando se pensa o Direito empresarial, além das relevantes estruturas societárias, fusões, aquisições, *holdings*, acordo de

[3] Os manifestantes são violentos? Sim, a própria linguagem deles pode parecer violenta (ocupação e tudo mais), mas só são violentos no sentido em que Mahatma Gandhi foi violento. Eles são violentos porque querem dar um basta no modo como as coisas funcionam, mas o que significa essa violência quando comparada à violência necessária para sustentar o funcionamento constante do sistema capitalista global?

Eles são chamados de perdedores, mas os verdadeiros perdedores não são os que estão em Wall Street, os que se safaram com a ajuda de centenas de bilhões do nosso dinheiro? Eles são chamados de socialistas, mas nos Estados Unidos já existe socialismo para os ricos. Eles são acusados de não respeitar a propriedade privada, mas as especulações de Wall Street que levaram à crise de 2008 eliminaram mais propriedades privadas conquistadas a duras penas do que se as estivéssemos destruindo agora, dia e noite – basta pensar nas centenas de casas cuja hipoteca foi executada. (ŽIŽEK, Slavoj. *O Ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Zahar, 2012. p. 72).

acionistas, é necessário pensar um ambiente de liberdade e confiança que este possa florescer.

Alguns países Sul Americanos, como a Argentina e a Venezuela, tem ido na contramão deste caminho libertário, para, no ambiente de estatização e interferência, buscar uma maior justiça social.

Este movimento espiralado de ir e vir do Estado no domínio econômico é observado historicamente com marcos bem definidos, como a política do *New Deal* após a grande depressão de 1929, ou mesmo o retorno de tais ideais após a crise do *subprime* em 2008, e assim sucessivamente.

A questão que se põe a pensar não é sobre a adequação ou não destas intervenções, mas o oportunismo com que estas acontecem e com a sedução do seu discurso, como se a crise fosse algo remediável ou a depressão um sintoma do anacronismo de uma sociedade *hobbesiana*.

A primeira questão aqui posta, e que para o entendimento do trabalho é fundamental, diz respeito ao equilíbrio do mercado. O mercado não pode ser visto como uma equação, que estará em equilíbrio de demanda e oferta, em verdadeira convergência. O mercado deve ser visto como processo de incessante ação humana dos agentes econômicos.

Três características são básicas para entender a economia segundo a chamada Escola Austríaca[4], uma diz respeito à praxilogia que é a ação humana voltada para a mudança de um estado insatisfatório para um satisfatório, outro fator é o tempo, visto como fator que altera a manifestação humana, já que com o passar deste acumulamos experiência e conhecimento, mudando nosso jeito de agir e, por fim, a limitação do conhecimento, sendo impossível prever todos os efeitos decorrentes desta ação.

[4] Termo aqui designada a análise da Economia a partir do foco na pessoa, no indivíduo, constituindo a partir daí questões como a Utilidade Marginal. Tem o nome Austríaco pela naturalidade de grandes dos seus percussores como: Carl Menger, Böhm-Bawerk, Von Mises e Rayek.

A partir destas três pedras angulares da Escola Austríaca, parte-se para entender seus elementos de propagação que são: Utilidade Marginal, conceito este que aponta que o valor de um bem derivará de sua necessidade para o agente- incluídos aí os aspectos subjetivos desta valoração; Subjetivimos, conceito este sobre o verdadeiro cipoal de questões internas que levam o agente a manifestar um desejo econômico; Ordem espontânea, conceito este ligado à crescente realidade que se manifesta pela ação dos homens, mas, sem refletir uma atitude discernida destes perante a situação, trata-se assim de um contraste nascida do acaso com a deliberação.

Entender o mercado a partir dos citados vetores é essencial para a compreensão do empreender e do designo que deve resguardar o direito empresarial.

Neste sentido, etimologicamente empreender e agir tem sentido histórico semelhante, sendo impensável o Direito empresarial dissociado da capacidade criativa e econômica do homem racional:

> De fato, tanto a expressão portuguesa e espanhola empresa como as expressões francesa e inglesa entrepreneur procedem etimologicamente do verbo latino in prehendo-endi-ensum, que significa descobrir, ver, compreender, dar-se conta de, apanhar; e a expressão latina in prehensa implica claramente a ideia de ação, significando tomar, agarrar, segurar. Em suma, empresa é sinônimo de ação e, na França, o termo entrepreneur é utilizado desde a alta Idade Média para designar as pessoas encarregadas de ações importantes, geralmente relacionadas com a guerra, ou de conduzir os grandes projetos de construção de catedrais.[5]

Este sentido de agir empresarial está impregnado em toda a sociedade, e não somente nos ´empresários´[6]. Quando um empregado decide mudar de posto de trabalho, ele está empreendendo, assim

[5] SOTO, José Huerta do. *Socialismo, Cálculo, Econômico e Função Empresarial*. 1ª ed. São Paulo: Instituto Von Mises, 2013. p. 36.

[6] Expressão utilizada em sua conotação vulgar, com a finalidade de conceituar empreendedores ou sócios.

como uma pessoa larga a iniciativa privada para prestar um concurso público, pois tais condutas são maximizadoras de riqueza e buscam um melhor estado de satisfação pessoal[7].

Neste aspecto, para que surja e se solidifique a atividade econômica organizada dos fatores de produção que vise à prestação de serviço ou fabricação de produtos, é necessária a criação pelo Estado de um ambiente minimamente favorável, com os riscos inerentes ao mercado e que tragam ao empreendedor o maior grau de certeza possível sobre os desígnios da política monetária[8].

É comum, após ou durante o momento de uma crise econômica, o Governo de momento inundar o mercado de dinheiro, na expectativa que a ampla disponibilidade deste abaixe o valor do crédito, favorecendo uma tomada de empréstimos e o reaquecimento da economia.

Também é comum a utilização dos chamados mecanismos de indução, como na redução de um imposto (IPI por exemplo), com o objetivo de favorecer a manutenção deste ou daquele mercado. Porém, a teoria dos ciclos econômicos da escola austríaca explica que este fenômeno mais se adéqua ao fomento de uma nova crise, do que a uma solução duradoura. Da mesma forma, pode-se destacar os

[7] GRAU, Eros Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil.* Brasília: Saraiva, 2014. p. 1793: Importa deixar bem fincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A constituição, ao contemplar livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a "iniciativa do Estado"; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional- de um lado- enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro – o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando tudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.

[8] AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 266: "O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última."

subsídios canalizados a uma estatal como meio de maquiar os prejuízos[9].

Basicamente no livre mercado, o valor da taxa de juros de um crédito estaria associado à quantidade de reservas existentes para o Banco, sendo que a taxa de empréstimo estaria cambiante à poupança ou ao gasto.

Se o Banco possuísse um valor elevado de reservas, significaria para o mercado que os clientes deste estão poupando, logo possuem numerário para gastar no futuro. Tal fato indicaria ao empresariado a oportunidade de pegar este empréstimo por dois motivos: a) A taxa está baixa e b) Os consumidores possuem dinheiro para gastar no futuro, pois estão poupando.

Isto levaria a um instantâneo aquecimento da economia, com a contratação de mão de obra, contratação com fornecedores, haja vista o cenário favorecido deste mercado.

Mas, com a redução das taxas de juros feitas pelo Banco Central, via a vasta disponibilização de moeda no mercado, como a emissão de papel ou mesmo criação da moeda escriturária, também levam aquele efeito.

Este efeito, porém, não está lastreado na existência das reservas, levando os empreendedores a tomar o empréstimo, com base em falsas premissas, sendo que, no futuro próximo, ao ser o bem disponibilizado para consumo este não ocorrerá, o que levará ao efeito de quebradeira.

---

[9] As empresas estatais, como compradoras de matéria-prima, bens semiacabados e mão de obra e como vendedoras de bens e serviços também têm que se adequar ao funcionamento da economia de mercado; também estão sujeitas às leis do mercado. Para não perder posição, precisam ter lucro ou, pelo menos, evitar perdas. Quando o governo tenta atenuar ou eliminar essa dependência cobrindo seus prejuízos com a concessão de subsídios, está apenas transferindo o problema. Os recursos necessários para a concessão de subsídios precisam ser obtidos de alguma forma. Podem ser obtidos com a cobrança de impostos; essa carga tributária produzirá os seus efeitos no mercado; é o mercado, e não o departamento da receita que decide quem irá pagar os impostos e de que maneira a carga tributária irá afetar a produção e o consumo. Não há como escapar das inexoráveis leis do mercado. MISES, Ludwig Von. *Intervencionismo*: Uma Análise Econômica*:* São Paulo: Instituto Von Mises, 2010. p. 23.

Falar então da escola austríaca e dos ciclos econômicos torna-se essencial para se entender o mecanismo da redução das taxas de juros e disponibilidade excessiva de dinheiro ou crédito (boom), para a drástica formação da bolha e recessão.

3. Do Ambiente Empresarial Brasileiro.

Dentro do cenário empresarial brasileiro há uma série de agentes, *players*, que influenciam na composição de um cenário dinâmico, complexo e tormentoso, trazendo ao empresariado privado a necessidade de dinamismo e compreensão deste.

A legitimidade do uso, da disposição da propriedade privada e de seus fatores de produção então passa a ser vista por vieses utilitários, que adequam os interesses do empresariado (produção lucrativa) aos anseios do consumidor (satisfação de desejos), por meio de políticas intervencionistas (atuação do Estado), formando o ambiente privado brasileiro.

Esta atuação do Estado no ambiente mercadológica pretensamente regulamentaria as supostas falhas de mercado, abuso do poderio econômico ou ainda imposição do uso da propriedade dos fatores de produção.

Basicamente, a estrutura encartada pelo texto Constitucional, há a regulação econômica que é exercida pelo SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência-, lei 12.529/11, composto pelo CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que, por sua vez é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa da Economia, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O CADE, que é uma autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Justiça, é auxiliado pela SEAE, Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão subordinado ao Ministério da Fazenda.

Ou seja, tanto em caráter de descentralização, Autarquia, como em caráter de desconcentração, Órgão, percebe-se a intervenção do Estado no domínio econômico para corrigir as assimetrias de mercado.

Haverá ainda para cada setor específico uma agência reguladora, como a ANATEL, ANEEL, ANVISA, etc.

Além desta regulação do domínio econômico, há a intervenção direta do estado no domínio econômico na ação de algumas instituições: BNDES, Agência ligada ao Ministério do Desenvolvimento, Industria e Comércio, com o papel de execução da política de investimento do governo. Segundo os dados coletados por Além & Gambiagi[10], o BNDES investiu em 2010 o valor de R$ 140.000.000.000,00 (cento e quarenta bilhões de reais), correspondentes à 4,37% do PIB.

Há ainda o Banco Central do Brasil, autarquia criada pela Lei 4595/1964, vinculada ao Ministério da Fazenda, sendo a entidade responsável por garantir o poder de compra da moeda, zelando pela liquidez da economia, manutenção de reservas, estímulo da poupança e o aperfeiçoar o sistema financeiro.

Os órgãos e entidades acima descritos são apenas um pequeno apanhado da estrutura de estado no ambiente econômico, que visa, somente, demonstrar o quão grande é esta intensidade.

Há, de outro lado, as entidades e associações que defendem os interesses particulares, como os sindicatos que, de sua união, formarão uma federação sindical (art. 534 da CLT)., Em Minas Gerais se exemplifica a FIEMG , tendo em seu quadro social: Filiados (os Sindicatos da Industria com base territorial compreendida no Estado de Minas Gerais) e Beneméritos – sem direito à voto – (os industriais e empresas industriais, agraciados com o título pela Diretoria Executiva, ad referendum, do Conselho de Representantes por terem prestados relevantes serviços à indústria.

[10] ALÉM, Ana Cláudia; GAMBIAGI, Fábio. *O BNDES em um Brasil em transição.* Rio de Janeiro: BNDES, 2010. p. 108.

Já, três Federações formaram uma Confederação, que é o caso da CNI, confederação nacional da indústria.

Há uma sucessão de choques no ambiente que contorna a atividade empresarial, pois a empresa, ao ser vista em seu aspecto dinâmico, terá vários feixes de transações que integram o Estado (tributária), Empregados (trabalhistas), Concorrentes (CADE), Valor de Moeda (Banco Central), Fornecedores (Código Civil), Consumidores.

Assim, o diálogo e a força política das entidades de interesse junto ao Estado é fundamental para se garantir uma maior segurança do empresariado, sendo essenciais a constituição de conselhos legislativos, como já há no CNI, o Conselho para Assuntos Legislativos, uma atuação mais direta no CARF, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e junto à própria estrutura centralizada de Poder.

Isto porque a intervenção do Estado no domínio econômico de maneira tão incisiva é um privilégio, discricionariedade esta que favorecerá a alguns em detrimento de tantos outros[11], senão todos.

Pensar então no ambiente do Direito empresarial é prospectar uma interação múltipla existente neste vasto cenário, compreendendo o empreendedor que nem sempre a prosperidade ou o sucesso de sua atividade estarão exclusivamente vinculados a sua atuação.

[11] Uma política de medidas restritivas favorece os produtores, enquanto uma política que não interfere no funcionamento do mercado favorece os consumidores. Os que são favoráveis à adoção de medidas restritivas costumam justificar essa política alegando que não cabe ao governo beneficiar aqueles que meramente consomem o produto do esforço alheio; ao contrário, o governo deveria ajudar aqueles que estão ativamente engajados na produção. Mas, num sistema baseado na divisão do trabalho todos são tantos produtores como consumidores. Não há consumidor cuja renda não seja decorrente da produção. O consumidor é ou um empresário, ou um proprietário de meios de produção ou um trabalhador. Ou, como membro de uma família, é sustentado por algum deles. Por outro lado, todo produtor é, necessariamente, um consumidor, É uma ingenuidade imaginar que uma determinada medida ou política possa beneficiar um sem prejudicar o outro. Na realidade, o que se pode afirmar com certeza é que quase toda medida restritiva1. (VON MISES, Ludwig. *Intervencionismo*: Uma Análise Econômica. São Paulo: Instituto Von Mises, 2010. p. 39).

4. A Conceituação de Insumo para a Compensação da Pis-Cofins pela Aed.

Certamente que a sorte do empresariado não está à mercê do acaso ou das intempéries do destino, tais eventos podem influenciar este ou aquele desfecho, mas o fator decisivo é a proficiência do agente de mercado, sua atenção, dinamismo e reflexão.

Assim, pensar o processo de tomada de decisão dos empreendedores brasileiros e a interação exercida pela intervenção do Estado no domínio econômico, facilitará a compreensão da (in)eficiências existentes.

Pode-se caracterizar que o estudo do *Law and Economics* surgiu a partir do trabalho de Ronald Coase[12], *The Nature of the firm*, identificando-se a existência da Sociedade – *firm*- a patir da essencial redução de custos que o empresariado deve buscar para se realizar no mercado. Neste aspecto, a AED e o Direito Econômico[13] passam a ocupar papéis atuantes na vida do empresariado, representando este uma das variáveis analisadas pelo empresariado, como custos tributários, estruturação societária ou política pública de investimento.

Assim, o gerenciamento da escassez dos bens de produção e das riquezas geradas pela comunidade são objetos de estudo econômicos, que se planificam no processo de tomada de decisão do empreendedor, estruturando e dirigindo, seu modo de atuação no mercado.

---

[12] COASE, Ronald. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, Texas, v. 53, nº 4, 1975: "a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico".

[13] FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 8: "O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto material. Mas há ainda um outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo." Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas. Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto formal que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos jurídicos.

Essas trocas de mercado se realizarão até o momento que estas se igualarem ao benefício auferido por esta, ocorrendo então o equilíbrio[14].

Pensar então no mercado vai ao encontro de imaginar um espaço social para a troca de bens e serviços, viabilizando que a sociedade consiga algo que não produz isoladamente, por meio daquilo que gera em excedente[15].

Daí a Lei ou a intervenção do Estado no Domínio Econômico comporão um relevante fator a ser levado em consideração pelo empreendedor[16].

Tome-se como exemplo o conceito de insumo pelo CARF e pelo STJ para fins de compensação da PIS e da Cofins como situações atuais do empresariado e o processo de tomada de decisão.

A tributação[17] pode, grosso modo, ser analisada no foco Kaldor-Hicks, em que apesar da perda imediata do valor arrecadado

---

[14] GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review,* Brasília, 2010, p. 33.

[15] TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca*. Direito, Mercado e Função Social*, Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2015. Portanto, ao se falar em mercado, é importante ter em mente que o mercado é – antes de mais nada - um espaço social de troca de bens e serviços que tem uma enorme função social: viabilizar com que os indivíduos (e consequentemente a sociedade) possam obter aquilo que necessitam mas que não produzem isoladamente, por meio de um contínuo processo de comercialização daquilo que, pela especialização do trabalho, agora geram de excedentes. Mais, o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas.

[16] GICO JÚNIOR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, 2010. p. 23, cita-se: Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética conseqüêncialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da jus economia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.

[17]Em outras palavras, o modelo mais social de Estado entrou no meio do confronto entre capital e trabalho, evitando que esse duelo competitivo colocasse em causa a paz social. As fagulhas resultantes do enfrentamento dos dois polos se

pelo contribuinte, isto seria compensado pela prestação de serviços públicos melhores, o que não tornaria esta perda tão ruim assim.

Neste aspecto, seria socialmente desejável a existência da tributação, pois esta garantiria uma maior igualdade de distribuição dos bens de uma comunidade.

Haveria, pela intervenção do Estado na tributação, uma relação em que os ganhos superariam as perdas, afastando-se, eventualmente, do chamado jogo de soma zero.

A Cofins é a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar 70/1991. Como previsto em sua Lei de criação, a Cofins será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza[18].

Já a PIS, Programa de Integração Social, previsto Constitucionalmente no at. 239[19] e criado pela Lei Complementar 7/70 também representa uma dedução do arrecadado pelo empresariado para o municiamento de programas sociais.

Neste aspecto, é a redação do artigo 195 da Constituição:

---

transformaram em reinvindicações (de um) por direitos sociais e (de outro) por menores tributos. O novo pacto social desenhado parte do pressuposto de que o capital deve pagar tributos para que o Estado Tributário Distribuidor preste serviços necessários ao atendimento das necessidades dos trabalhadores. O entrechoque entre capital e trabalho é assim camuflado e, em nome da paz social, esse enfrentamento sé deve se revelar na forma de duas lutas: capital x Estado; Estado x trabalho (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a "guerra fiscal"? Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº. 102, p. 318, jan./jun. 2011).

[18] Art. 2º, Lei Complementar 70/1991.

[19] Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento).

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais": I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
> b) a receita ou o faturamento;
> c) o lucro

O ciclo econômico é caracterizado pelos momentos produção, circulação e consumo, destacando-se no direito Tributário o *Estabelecimento produtor ou importador, o Estabelecimento Atacadista e o Estabelecimento Varejista, fases estas que desaguarão no consumidor final.*

A plurifasia, característica inerente dos tributos não cumulativos, indica a incidência da PIS/COFINS (sistema aqui analisado) em todas as etapas do ciclo acima destacado[20]. Assim, caso não houvesse esta compensação tributária, haveria a incidência repetitiva do PIS e da COFINS várias vezes durante estes momentos.

Primeiramente, a incidência do regime da não cumulatividade ajudaria o empresariado como um todo, evitando-se a aquisição de produtos essenciais à prestação final com a incidência daquela contribuição. Mas, para a concessão de tal benesse, alterou-se as alíquotas do PIS e da Cofins de 0,75% e 3%, para 1,5% e 7,6%,

[20] Art. 3 . Do valor apurado na forma do art. 2 a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2° da Lei n° 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).

respectivamente, sendo mantido o coeficiente arrecadatório, o que representou um contrassenso[21].

Para a conceituação do que vem a ser Insumo, a Receita Federal adotou a conexão direta[22] do produto comercializado com aquele adquirido para a sua caracterização como passível de compensação.

Valeu-se aqui o Estado do mecanismo de indução para intervir no domínio econômico, pois ao 'reduzir' a incidência da PIS-COFINS sobre a atividade empresarial atuaria como fomentador daquele ramo, permitindo uma aceleração no crescimento do mercado.

Há algumas situações, essencialmente de direito Tributário que se destacam aqui, sendo relevante destacar que a atividade de industrialização representa, por essência, um refinamento de uma

---

[21] LOBATO, Valter de Souza; FONSECA, Fernando D. de Moura; BREYNER, Frederico Menezes. *Revista Eletrônica de Direito Tributário*. Ano 1. 4 ed. 2010. p. 2, cita-se: Todavia, a generalidade dos casos vem demonstrando que os créditos permitidos não são capazes de compensar o aumento das alíquotas, o que implica em aumento da carga tributária efetiva, além do aumento da complexidade, fazendo com que muitos se arrependessem da reivindicação feita naquele momento. Além disso, o perfil de tais tributos, numa base alargada como a de receitas não se coaduna com o perfil dos tributos indiretos, aumentando ainda mais a complexidade e as distorções de tal regime. A Problemática da Conceituação de Insumo para Fins de Tomada de Créditos de PIS e COFINS.

[22] Art. 8°, § 4°, NR SRF RFB 404/2004: "Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

matéria bruta, em uma compatível com seu uso final. Daí o insumo da industrialização ter uma conotação tão restrita.

Ademais, o fato gerador da tributação no regime do PIS/COFINS diz respeito às receitas, enquanto na tributação do IPI, a incidência recai sobre o próprio produto industrializado, o que revela também uma relevante distinção.

Para a contextualização então do correto conceito de insumo a ser aplicada no caso da compensação da PIS-COFINS, cita-se:

> *Economics is the study of the operation of economics organizations, and economic organizations are social (and rarely individual) arrangements to deal with the production and distributions of economic goods and services*[23].

A Análise Econômica do Direito é bifurcada como Normativa e Positiva, enfatizando-se aquela *como a lei deveria ser para alcança a eficiência* e já nesta *como a lei é em termos de eficiência.*

Pois bem, a primeira interpretação do conceito de Insumo para a compensação do PIS e da COFINS provocou uma oneração excessiva do empresariado, fazendo com que a norma não alcançasse sua finalidade pretendida[24].

---

[23] STIGLER, George J. *The Theory of Price*. New York: Macmillan, 1952. p. 1.

[24] 2004.71.08.010633-8/RS Juiz LEANDRO PAULSEN, de 25.04.2007. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. PRESTADORA DE SERVIÇOS. DUPLICAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DA ISONOMIA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

A questão não é de inconstitucionalidade em tese das leis que estabeleceram os regimes não-cumulativos do PIS e da COFINS, mas da sua aplicação a caso concreto quando os seus efeitos implicam violação a princípios constitucionais.

Pretendesse o legislador simplesmente aumentar as contribuições sobre o faturamento/receita, teria elevado as alíquotas anteriormente estabelecidas pelo art. 1º da MP 2.158-3/01 (0,65%) e pelo art. 8º da Lei 9.718/98 (3%). Não foi esta, contudo, a intenção. O estabelecimento dos regimes não-cumulativos visou, isto sim,

A primeira questão aqui a ser caracterizada é que a Recorrente, apesar de possuir em sua atividade principal voltado para o comércio de alimentos, possuía em seu objeto social também a atividade de transporte de mercadorias.

Houve então o embate se a entrega da mercadoria seria um trato, parte da negociação, realizado pelo Vendedor/Comprador ou se esta integrava a cadeia produtiva do Vendedor, integrando-se ao custo bruto do produto e compondo a base de incidência do PIS e da COFINS.

Decidiu-se, ainda que de forma não unânime, que todos os custos e gastos com a entrega do produto compunham a base de faturamento da Recorrente e com a não compensação das

---

a melhor distribuir a carga tributária ao longo da cadeia econômica de produção e comercialização de cada produto. Daí a elevação da alíquota associada à possibilidade de apuração de créditos compensáveis para a apuração do valor efetivamente devido.

No caso específico da Autora, que tem por objetivo social principal a prestação de serviços, a submissão ao novo regime não-cumulativo implicou um aumento de mais de 100% no ônus tributário decorrente da incidência do PIS e da COFINS. Isso porque, como empresa prestadora de serviços, os créditos que pode apurar não são significativos.

O acréscimo do ônus tributário, não corresponde a aumento da capacidade contributiva da Autora, que não teve alteração.

Implica, ainda, tratamento relativamente aos demais contribuintes, sujeitos ou ao regime comum ou ao regime não-cumulativo em atividade econômica em que a apuração de créditos é significativa.

O critério de discriminação (regime de tributação pelo Imposto de Renda, se pelo lucro real ou não), no caso concreto, mostra-se falho e incapaz de levar ao resultado pretendido de distribuição do ônus tributário ao longo de uma cadeia de produção e circulação, comprometendo a própria função do regime não-cumulativo, o que evidencia violação não apenas à isonomia como à razoabilidade.

Por fim, também cria obstáculos à livre concorrência, porquanto empresas dedicadas à mesma atividade que a Autora continuam submetidas ao regime comum, não tendo sido oneradas pelo advento do regime não-cumulativo.

Direito da autora de permanecer recolhendo as contribuições pelo regime comum (cumulativo) relativamente às suas receitas provindas da prestação de serviços e de compensar os valores pagos a maior.

contribuições de tal incidência. Foi como voto do em. Ministro Relator Mauro Campbell Marques[25].

Assim, o conceito de Insumo foi aplicado de maneira ampla, contextualizando o *mens legilatoris* com a realidade de fato, prestigiando-se a correta extensão do PIS e da COFINS e a empresa[26].

5. Conclusão.

A partir do problema de como a intervenção do Estado no Domínio Econômico pode deflagrar uma crise econômica, viu-se a teoria da Escola Austríaca para os ciclos econômicos, representando os insumos públicos como o evento marcado pelo utilitarismo e pela

[25] Recurso Especialº 1.235.979 - RS (2011/0023711-3), julgamento em 19.12.2014. A inserção dentro do objeto social da empresa da atividade de transporte rodoviário de cargas em geral é fato incontroverso contra o qual não houve qualquer impugnação por parte da FAZENDA NACIONAL. Outro fato incontroverso é o de que o valor do transporte da mercadoria vendida está embutido no preço de venda (faturamento), como custo que é da empresa, ingressando assim na base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS (receita bruta). Com custo do transporte e o correspondente aumento do preço de venda há evidente agregação de valor, pressuposto da tributação e também da aplicação da não-cumulatividade. (....).

Dessa forma, considero que todos os pressupostos para o creditamento estão presentes: trata-se de combustíveis, lubrificantes e peças utilizados na prestação de serviços de transportes, serviços estes componentes do objeto social da empresa e cujo custo é transferido para o elo subsequente na cadeia econômica e cujo faturamento sofre a tributação pelas contribuições ao PIS e COFINS não-cumulativas.

[26] A empresa é, tanto para a Economia quanto para o Direito, um fenômeno que está longe de encontrar uma única, apreensão. Ao contrário, a empresa se revela, tanto aos economistas quanto – e talvez principalmente – aos juristas, um fenômeno essencialmente poliédrico, ou seja, apto a ser observado e analisado sob diferentes pontos de vista conforme o aspecto dela ao qual se dê maior relevância sem que, entretanto, uma aproximação seja necessariamente incompatível com outras. É nosso intuito, com este estudo, contribuir para a melhor compreensão deste fenômeno de importância fundamental no atual estágio de civilização. PIMENTA, Eduardo Goulart. *Teoria da Empresa em Direito e Economia*. Instituto do Direito Brasileiro. São Paulo: Fórum, 2006. p. 1).

proteção, prestigiando-se uma parcela do mercado em detrimento da outra.

As marcas de chamada Escola Austríaca são fincadas no individualismo, no subjetivismo, no fator tempo e na racionalidade limitada do homem. Entendidos estes elementos como caracterizador de um mercado fluido e dinâmico.

Logo, a intervenção do Estado no Domínio Econômico, segundo a escola austríaca, será marcada pelo utilitarismo e pela maquiagem ao real valor do bem, provocando um suposto equilíbrio nas forças que regem o mercado.

A partir daí, buscou-se identificar, em cenário simplificado, os diversos *players* que compões o cenário empresarial brasileiro e de como o ambiente empresarial é ocupado por interesses multifacetados.

Superando as premissas iniciais, fincadas em caráter teórico, buscou-se com conceitos de Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito esclarecer a intervenção do papel no domínio econômico por meio da instituição do PIS e da COFINS e de como os tribunais, por meio da análise econômica do direito normativa, atuaram na definição, caso a caso, do conceito de insumos.

Por fim, conclui-se que o trabalho da compreensão que permeia a atividade jurídica deve se ater aos reflexos também eficientes, evitando-se a formação de bolhas econômicas ou de intervencionismos desbaratados, tão caros à toda sociedade que certamente, um dia, arcará pelo privilégio de alguns.

Isto porque flertar com a restrição do conceito de insumo gerará o efeito deflagrador do ciclo econômico de crise, pois a incidência tributária excessiva e repetitiva da PIS-COFINS sobre o empresariado desencadeará uma alteração no custo final do produto, desequilibrando a possibilidade de compra do consumidor final com este.

Isto, com certeza, levará o consumidor a poupar agora para comprar no futuro, haja vista que a elevação do valor do custo (INCIDÊNCIA PIS-COFINS) mostrará que o valor aqui existente será maior do que em projeção, o que, como nos ciclos econômicos dos

juros, reduzirá a disponibilidade de recursos para a aquisição daqueles bens.

Este evento levará, como tem levado, a criação de insumos, como a redução do IPI, que, assim como a moeda escriturária e a redução dos juros, induz a pensar que há um mercado ávido por aquele produto, o que não será verdade.

Logo, além de desaquecer o mercado e conduzir a uma "quebradeira geral" com prejuízos aos fornecedores, consumidores, trabalhadores e o próprio fisco, embutido valor final do bem uma parcela não condizente com a sua realidade de mercado, essencialmente não revela a o real valor do bem de acordo com os ensinamentos da escola austríaca trazendo um evento deflagrador da crise.

DIÁLOGOS SOBRE A NORMATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL[1]

DIALOGUES ON THE JUDICIAL ADMINISTRATION NORMATIVE IN BRAZIL

Marcelo Lauar Leite

Resumo: Ante a um crescente número de medidas cautelares ou antecipatórias nomeando administradores judiciais para dirimir conflitos societários, este trabalhou perquiriu o fundamento legal para tamanha intervenção do Estado na liberdade de iniciativa. Sob a metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, e elegendo as sociedades limitadas como objeto, buscou-se, a partir de julgados paradigmas, averiguar os pressupostos constitucionais e legais da dita intervenção. Ausente norma específica sobre o tema, verificou-se o manejo da analogia como método de superação da inexplicável lacuna do sistema jurídico posto. Nesse interim, debateu-se, hermeneuticamente, as significações do esquecido art. 49 do Código Civil, constando-se *(i)* a impossibilidade de se extrair dele um conteúdo normativo uno e *(ii)* a viabilidade do seu manejo ampliativo enquanto fundamento legal das intervenções judiciais em conflitos societários.

Palavras-chave: Intervenção Judicial. Conflitos Societários. Sociedades Limitadas. Analogia. Fundamento Legal.

Abstract: Faced with a growing number of legal actions naming provisional directors to resolve corporate disputes, this worked asked the legal basis for such intervention in the freedom of initiative by the state. Under the methodology of hypothetical-deductive approach, and choosing the limited partnerships as an

[1] Artigo recebido em 05.02.2015 e aceito em 10.03.2015.

object, was sought from exemplary judged to investigate the constitutional and legal requirements of said intervention. Absent specific rule on the subject, was investigated the management of analogy as a method to overcome the inexplicable gap in the existing legal system. In the meantime, struggled, hermeneutically, the meanings of the forgotten art. 49 of the Civil Code, concluding by (i) inability to extract from it a single normative content and (ii) feasibility of ampliative use as a legal basis for judicial intervention in corporate disputes.

Keywords: Judicial intervention. Corporate conflicts. Limited Liability Companies. Analogy. Legal basis.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Amostra De Acórdãos Intervenientes; 2.1. Agravo De Instrumento N.º 2011.005756-0 (Tjrn); 2.3. Agravo De Instrumento N.º 0257499-41.2012.8.26.0000 (Tjsp); 3. Fundamentação Para A Intervenção Nominativa Nas Amostras Recolhidas; 4. Constitucionalidade Abstrata Da Intervenção Judicial Nominativa; 5. Em Busca De Parâmetros Legais Justificadores Da Intervenção Judicial Nominativa; 5.1. O Amparo Legal Segundo A Jurisprudência; 5.2 Lacunas Legislativas E Analogia; 5.3 Das Possíveis (Outras) Fontes Analógicas; 5.3.1 Penhora Sobre O Estabelecimento Empresarial; 5.3.2 Penhora Sobre A Renda Da Sociedade; 5.3.3 Âmbito Concorrencial; 5.3.4 Searas Falimentar E Recuperacional; 5.4 Falta De (Ou Da?) Administração: O Art. 49 Do Código Civil; 6. Considerações Finais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diuturnamente, conflitos entre sócios e sócios-administradores de sociedades mercantis saem do plano real para o processual, abarrotando o Poder Judiciário com medidas[2] visando à destituição liminar (ou cautelar) de algum sócio da gestão do empreendimento conjunto, em virtude de ações ou omissões que configurem *falta grave* aos deveres próprios ao encargo. Como a sociedade não pode ficar sem comando e representação, é comum que tais pleitos sejam cumulados com o pedido de nomeação de *administradores* ou *interventores* judiciais.

Os administradores judiciais são auxiliares da justiça provisoriamente designados para gerir, cogerir ou fiscalizar a gestão da sociedade em conflito. A finalidade precípua da nomeação desses interventores é a cooperação com o Poder Judiciário, no sentido de manter a existência sadia da sociedade interventiva até que haja uma cognição posterior ou exauriente sobre o conflito levado à tutela estatal.

Contudo, conforme se demonstrará doravante, a legislação brasileira parece lacunosa no oferecimento de parâmetros ou autorizações para a intervenção judicial nominativa supracitada, gerando insegurança na concretização desta medida por parte dos tribunais. Esse trabalho se presta, rigorosamente, a investigar a (uma) fundamentação normativa para a nomeação de administradores judiciais em conflitos societários.

Estruturalmente, iniciou-se o trabalho com a apresentação de amostras de acórdãos intervenientes e de suas fundamentações. Em seguida, perquiriu-se a constitucionalidade da nomeação de administradores provisórios para, ao fim, investigar a existência de parâmetros legais aptos a justificar a medida nominativa.

[2] Geralmente, medidas cautelares preparatórias para procedimentos dissolutivos parciais e dissoluções parciais com pedidos cautelares incidentais ou de tutela antecipada.

Faz-se preciso, ainda, uma anotação prévia quanto à *sociedade-objeto* deste estudo. Segundo os dados mais recentes do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI)[3], mais de 99,4% das sociedades empresárias constituídas no Brasil são sociedades limitadas. Quanto às demais, cerca de 0,5% são sociedades anônimas e 0,1% representam todos os demais tipos societários. Assim, por razões jurimétricas[4], optou-se por conduzir a análise dos fenômenos descritos a seguir sob o prisma das *sociedades limitadas*, sendo estas, aliás, as intervindas nos acórdãos analisados a seguir.

2. AMOSTRA DE ACÓRDÃOS INTERVENIENTES

2.1. Agravo de Instrumento n.º 2011.005756-0 (TJRN)[5]

Em ação de divórcio na qual litigavam ***A*** e ***B***, ambos sócios do agente econômico ***X***, ***A*** requereu o afastamento de ***B*** da administração de ***X***, bem como a sua própria nomeação para o exercício do encargo, alegando, genericamente, que ***B*** praticava uma gestão ruinosa.

O juízo de primeiro grau rejeitou este pedido, preferindo, de ofício, nomear administrador judicial provisório, sob o pretexto de uma administração transparente e equidistante das partes envolvidas.

Inconformado, ***A*** interpôs agravo de instrumento, obtendo reforma através de provimento jurisdicional que o reconduziu à

[3] Antes denominado Departamento Nacional de Registros de Comércio (DNRC). Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/Caep0100.htm>. Acesso em: 6 abr. 2014.

[4] Jurimetria é a disciplina resultante da utilização da estatística e da teoria da probabilidade na descrição e compreensão dos processos jurídicos. (NUNES, Marcelo Guedes; COELHO, Fábio Ulhoa. Notas sobre direito, estatística e jurimetria. In: Instituto Victor Nunes Leal (Coord.). *A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 10).

[5] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Agravo de Instrumento n.º 2011.005756-0. Relator: Desembargador Amílcar Maia. Primeira Câmara Cível. Natal, 4 de novembro de 2011.

administração de ***X***, sob os seguintes fundamentos: ***(i)*** não haveria, nos autos, nenhum motivo que impedisse esta pretensão e ***(ii)*** a intervenção judicial nominativa seria medida excepcional, somente possível em casos extremos, quando presentes elementos que justifiquem sua adoção para evitar a dilapidação do patrimônio ou o cometimento de fraudes praticadas em prejuízo da sociedade ou dos sócios.

2.2. Agravo de Instrumento n.º 70.051.165.777 (TJRS)[6]

C, sócio da sociedade limitada ***Y***, ajuizou medida cautelar preparatória à dissolução parcial desta, requerendo o afastamento de ***D***, único administrador, do exercício deste encargo. Para tanto, alegou que ***D*** praticava concorrência desleal e dilapidação patrimonial. Por sua tese, seria imprescindível a nomeação de um administrador judicial enquanto medida de cautela, sob pena de os ativos societários serem esvaziados pelo então gestor.

Valorando as provas trazidas aos autos, o juízo *a quo* indeferiu os pedidos, restando à ***C*** a interposição do cabível agravo de instrumento.

Em segundo grau de jurisdição, as medidas cautelares requeridas foram providas, sob os seguintes fundamentos: ***(i)*** a ausência da *affectio societatis* era incontroversa; ***(ii) C*** não participava da administração, sendo-lhe impossível o acompanhamento das movimentações financeiras e patrimoniais das atividades como um todo; e ***(iii)*** haveria nos autos elementos probatórios relativos à alegada concorrência desleal por parte de ***D***.

Por tais razões, a nomeação de administrador judicial seria medida necessária e útil à solução da lide, adequada a preservar o empreendimento e a tratar as partes com igualdade, até o posterior deslinde das questões controvertidas.

---

[6] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n.º 70.051.165.777. Relator: Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Sexta Câmara Cível. Porto Alegre, 14 de maio de 2013.

2.3. Agravo de Instrumento n.º 0257499-41.2012.8.26.0000 (TJSP)[7]

E e ***F*** eram administradores e consócios com, respectivamente, 65% (sessenta e cinco por cento) e 35% (trinta e cinco por cento) do capital social de ***W***. ***F***, minoritário, ingressou com ação de dissolução parcial contra ***E***, alegando que a gestão financeira deste levaria ***W*** à derrocada, haja vista a celebração de contratos ruinosos e o desvio de recursos auferidos por meio de vendas com cartão de crédito.

Em primeiro grau, foi deferida medida judicial que afastava ***E*** da gestão societária, mantendo ***F*** como administrador exclusivo. Inconformado, ***E*** interpôs agravo de instrumento no qual justificou todas as acusações perpetradas contra si, perpetrando, por sua vez, outras denúncias em face de ***F***. Requereu, enfim, a reforma da decisão atacada, para que pudesse retornar à administração de ***W***.

Diante de manifestações completamente antagônicas, as únicas convergências vislumbradas pelo TJSP eram a existência de irregularidades e a total ausência de fidúcia recíproca entre os quotistas. A natureza do pedido articulado guardava relevante gravidade, importando em alteração substancial na estrutura societária, pela exclusão do sócio majoritário. De outro lado, a análise dos documentos carreados por ambas as partes seria uma atividade demorada, só possível no curso da instrução pelo juízo *a quo*.

Por tais razões, foi nomeado, de ofício, um administrador judicial, a quem coube a substituição de ***E*** e ***F*** da gestão do empreendimento em comum.

[7] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 0257499-41.2012.8.26.0000. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 27 de maio de 2013.

3. FUNDAMENTAÇÃO PARA A INTERVENÇÃO NOMINATIVA NAS AMOSTRAS RECOLHIDAS

Os acórdãos suprarreferidos provêm de Estados representantes de três regiões do Brasil. Neles, dois aspectos comuns se sobressaem: ***(i)*** a nomeação do administrador provisório foi considerada medida excepcional em situações de conflito entre os sócios, manejável quando útil à solução da lide e adequada à preservação societária; e ***(ii)*** a ausência de amparo, no direito positivo, que pudesse balizar o manejo da intervenção judicial sobre a sociedade empresária, uma manifestação do direito fundamental à *liberdade de iniciativa*. Em outras palavras, prevaleceu a fundamentação fática, em detrimento da jurídica[8].

Tal realidade, infelizmente, não se trata de mero azar na escolha dos precedentes. Em pesquisa paradigmática realizada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) com base na jurimetria, MARCELO GUEDES NUNES[9] verificou que **apenas 16,66%** (dezesseis vírgula sessenta e seis por cento) **dos acórdãos do TJSP que se debruçaram sobre a nomeação de administradores judiciais tiveram motivação *legal***. Dos demais, 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento) o fizeram com base doutrinária. Nenhum, com base jurisprudencial.

Em paralelo, *todas as decisões* se referiram às necessidades práticas (fáticas) de um interventor provisório, para atenuar as consequências da quebra da *affectio* societatis, viabilizar a gestão ordinária ou verificar as acusações levadas à tutela jurisdicional. Nelas, os aplicadores do direito se limitaram a apresentar um

[8] Para aprofundamento sobre a *fundamentação* ou *motivação* das decisões judiciais, *Cf.* SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Juspodivm, 2008; PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

[9] NUNES, Marcelo Guedes. Intervenção judicial liminar na administração de sociedades. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (Coord.). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 83-133.

raciocínio consequencialista, pelo qual os benefícios decorrentes da atuação do gestor externo nomeado pelo Poder Judiciário são ressaltados[10].

Quando buscaram amparo na lei, os julgados analisados se limitaram a referências processuais, dividindo-se entre o *poder geral de cautela* e a *nomeação de liquidantes na dissolução total de sociedades*. Sobre ambas, far-se-ão considerações mais alongadas no ponto 5.

Há, em suma, três fatores que enunciam a carência *material* do direito brasileiro quanto à autorização da nomeação de administradores judiciais em conflitos societários: ***(i)*** a dantesca proporção de julgados sem qualquer fundamentação legal; ***(ii)*** a salvaguarda a um poder processual genérico e semiarbitrário conferido aos magistrados para resolver questões urgentes, conforme seus próprios parâmetros de necessidade, adequação e proporcionalidade; e ***(iii)*** o recurso à analogia.

4. CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NOMINATIVA

No Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal[11] e na Espanha[12], a intervenção do Estado na gestão das sociedades empresárias não tem guarida constitucional explícita.

---

[10] NUNES, Marcelo Guedes. Op. cit. p. 119.

[11] *Cf.* Art. 86, 2, da Constituição Portuguesa, pelo qual "o Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial". Apesar do caráter genérico do preceito albergar, a nosso ver – embora não exclusivamente –, a intervenção judicial temporária visando a dirimir conflitos societários, esta não é a opinião de JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, para quem "(...) não entra no conceito de intervenção na gestão para efeito deste preceito a suspensão ou interdição ou inibição dos gestores de empresas privadas (ou quaisquer outras), por acto de autoridade pública (designadamente por via judicial, ou por decisão de autoridade reguladora, sob reserva de confirmação judicial), em caso de infracção grave às normas que regem a vidas das empresas ou os mercados" (Constituição da

No entanto, a Constituição brasileira alçou a *livre iniciativa* à categoria de *fundamento* não apenas da ordem econômica[13], mas de toda a República[14], elevando-a a grau de valor intrínseco de todo o arcabouço jurídico-pátrio, com observância impositiva às funções executiva, legislativa e jurisdicional do Estado.

Sendo fundamento, a livre iniciativa tem a natureza de *causa*, *razão de ser* da ordem econômica constitucional[15]. Seu exercício envolve a franca escolha do objeto, da forma, do lugar e do tempo do exercício de empresa, permitindo-se a livre articulação dos fatores de produção e a natural *escolha de quem administrará a sociedade*.

Entretanto, há casos em que a manutenção do exercício da administração por qualquer um dos sócios potencializa a consecução de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação em face do próprio agente econômico, ente cuja personalidade jurídica é autônoma. Em contextos assim, a intervenção do Poder Judiciário deve ser cautelosa, evitando-se que a interferência do Estado seja mais lesiva do que sua ausência.

Com efeito, a eventual derrocada da sociedade empresária não atingiria somente os bens jurídicos dos consócios envolvidos. Bem se sabe, a função social da empresa extrapola esses limites, repercutindo na coletividade com a disponibilização de mercadorias, prestação de serviços, geração de empregos e pagamento de tributos.

As consequências frutuosas da existência da sociedade empresária dão concretude a valores constitucionalmente protegidos que aderem à própria livre iniciativa, tais como a valorização do trabalho – *fundamento da ordem econômica e do próprio Estado*

República Portuguesa Anotada. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 1.016). Os autores não justificam o posicionamento.

[12] Art. 128, 2, da Constituição Espanhola.

[13] Art. 170.

[14] Art. 1º, IV.

[15] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 14-15. Nessa passagem, os autores se referem à obra de WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUSA.

Democrático de Direito – e a busca do pleno emprego – *princípio da ordem econômica*. Com efeito, a Constituição considera o trabalho como algo maior que um mero fator de produção, tendo nele um instrumento apto a consubstanciar a própria dignidade da pessoa humana.

A subsistência da comercialização dos próprios serviços ou mercadorias que compõem o objeto da sociedade empresária é de relevância constitucional, na medida, também, da contribuição para um ambiente competitivo. Não por acaso, a *livre concorrência* figura-se, tanto quanto o pleno emprego, como um dos princípios[16] da ordem econômica constitucional.

Ademais, o funcionamento regular da sociedade empresária contribui com a arrecadação de tributos – interesse público secundário – que possibilitam a realização dos objetivos fundamentais da República, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum. Isso é factível, por exemplo, com a realização de políticas públicas voltadas à saúde, educação, segurança e assistência social – interesses públicos primários inscritos ao longo da Carta Magna[17].

Por essas razões, a intervenção judicial nominativa, no seio das sociedades empresárias, configura-se, abstratamente, como medida legítima e constitucional, preservando-se um ente que, malgrado privado, gerencia diversos interesses públicos primários e secundários.

---

[16] Art. 170, IV.

[17] A despeito da indeterminação, deve-se compreender o interesse público como um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes signifique um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material. Os primários são o próprio fundamento do Estado, isto é, o oferecimento de justiça, segurança e bem-estar social. Os secundários, por sua vez, são aqueles que possibilitam a realização dos primários, representados, genericamente, pelos interesses do erário público (BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, jul./set., 2006, p. 143-148).

Contudo, assim como explicitamente determina a Constituição Portuguesa, essa intervenção deve ser revestida de caráter provisório, até que a lide entre os consócios venha a se extinguir por meio de acordo ou provimento judicial ulterior, sob pena de comprometimento ao núcleo essencial[18] da liberdade de iniciativa, transmutando um ente privado em público. Do contrário, afastar-se-ia do objeto do processo[19] – *com soluções extra petita (nulas)* – e da própria diretriz constitucional[20] – *que restringe a atividade econômica do Estado aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo definidos em lei*.

5. EM BUSCA DE PARÂMETROS LEGAIS JUSTIFICADORES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NOMINATIVA

No Direito Comparado, as Leis de Sociedades Comerciais da Argentina[21] e do Uruguai[22], proclamam que, havendo *periculum in mora* derivado de atos ou omissões dos administradores societários, o

[18] Sobre o núcleo essencial e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, *Cf*. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais* (*Staatsrecht : Grundrechte*). São Paulo: Saraiva, 2012; MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de Direito Constitucional. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2008.

[19] Quase sempre ligado a uma dissolução parcial excludente (*Cf.* NUNES, Marcelo Guedes. Op. cit. p. 89).

[20] Art. 173.

[21] "*Art. 113 - Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial como medida cautelar con los recaudos establecidos em esta Sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad.*"

[22] "*Art. 184. (Intervención judicial. Procedencia) - Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave o nieguen a los socios o accionistas el ejercicio de derechos esenciales, procederá la intervención judicial como medida cautelar, con los recaudos establecidos en esta Sección.*"

juiz pode decretar a destituição cautelar do encargo, nomeando um administrador provisório.

Ocorre que inexistem critérios específicos para esse desiderato na legislação brasileira. Apesar disso, não se pode olvidar que, de maneira esparsa, o Código Civil e outros diplomas legislativos pátrios contemplam a possibilidade da intervenção judicial na administração de pessoas jurídicas.

5.1. O amparo legal segundo a jurisprudência

Conforme visto no ponto 3, mostra-se estatisticamente baixa a existência de fundamentação *legal* – em sentido amplo – nos acórdãos intervenientes. Nas poucas decisões que o fazem, é corriqueiro o socorro ao art. 798[23], do Código de Processo Civil (CPC). Esse dispositivo autoriza o magistrado a *determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*.

Como escancaradamente posto, o art. 798 do CPC não é uma previsão específica aos administradores judiciais. Trata-se de comando genérico, abstrato e adaptável a qualquer situação processual em que o juiz se depare com questões urgentes[24], tal como um conflito na gestão de uma sociedade apto a prejudicar o seu funcionamento regular ou infinitas outras hipóteses, *v.g.*, reservar um quinhão reditário[25], suspender o curso de uma ação judicial[26], sustar um protesto notarial[27], etc.

---

[23] "Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."

[24] Longe de ser uma exclusividade do direito brasileiro, o poder geral de cautela também é previsto nas legislação processuais civis de um vasto número de nações, tais quais a portuguesa (art. 362º, 1), espanhola (art. 721, 1), alemã (§ 935 e 940); francesa (art. 808) e italiana (art. 700).

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n.º 90439. Relator: Ministro Moreira Alves. Segunda Turma. Brasília, 30 de março de 1979.

O outro fundamento encontrado com alguma recorrência em sede jurisprudencial é o art. 657[28] do CPC de 1939, cuja vigência específica foi mantida por força do art. 1.218, VII, do atual CPC.

O dispositivo, originariamente, trata da nomeação *extrajudicial* de *liquidantes* em dissoluções *totais* de sociedades empresárias. Sua regulamentação prevê a arrecadação de bens, ultimação de negócios, realização do ativo, pagamento do passivo e a partilha do eventual saldo remanescente entre os quotistas, com a subsequente apresentação de contas finais. Compete, ainda, ao *liquidante*, representar a sociedade e praticar todos os atos necessários à sua liquidação, entre eles, alienar bens móveis ou imóveis, transigir, receber e dar quitação.

Nos casos em que a sociedade limitada for dissolvida *judicialmente*, a liquidação também será judicial, devendo o juiz nomear como *liquidante* a pessoa indicada pelo contrato social. Sendo o contrato social omisso, e os sócios, sendo apenas dois e com quotas idênticas, divergirem quanto à escolha do liquidante, esta será feita

---

[26] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 3433149. Relator: Desembargador Guido Döbeli. Décima Quarta Câmara Cível. Curitiba, 9 de agosto de 2006.

[27] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n.º 4115496. Relator: Desembargadora Nancy Andrighi. Terceira Turma Cível. Brasília, 25 de março de 1997.

[28] "Art. 657. Se o juiz declarar, ou decretar, a dissolução, na mesma sentença nomeará liquidante a pessoa a quem, pelo contrato, pelos estatutos, ou pela lei, competir tal função.

§ 1º Se a lei, o contrato e os estatutos nada dispuserem a respeito, o liquidante será escolhido pelos interessados, por meio de votos entregues em cartório.

A decisão tomar-se-á por maioria, computada pelo capital dos sócios que votarem e, nas sociedades de capital variável, naquelas em que houver divergência sobre o capital de cada sócio e nas de fins não econômicos, pelo número de sócios votantes, tendo os sucessores apenas um voto.

§ 2º Se forem somente dois (2) os sócios e divergirem, a escolha do liquidante será feita pelo juiz entre pessoas estranhas à sociedade.

(...)".

pelo juiz entre pessoas estranhas ao capital social, conforme retrata o art. 657, § 1.º e 2º, do CPC/39.

Ademais, cabe ao interventor-liquidante, entre outras obrigações, ***(i)*** levantar o inventário dos bens e fazer o balanço da sociedade nos quinze dias seguintes à nomeação, prazo que o juiz poderá prorrogar por motivo justo; ***(ii)*** praticar os atos necessários para assegurar os direitos da sociedade, representando-a ativa e passivamente nas ações que interessarem a liquidação, podendo contratar advogado e empregados com autorização do juiz e ouvidos os sócios; ***(iii)*** apresentar, mensalmente, ou sempre que o juiz o determinar, balancete da liquidação; e ***(iv)*** prestar contas de sua gestão, quando terminados os trabalhos ou destituído das funções.

Naturalmente, na falta de previsão específica, os julgados que recorrem aos fundamentos legais da dissolução total para a intervenção provisória em conflitos societários o fazem por analogia.

5.2 Lacunas legislativas e analogia

Nas palavras de LOURIVAL VILANOVA, há lacunas no sistema de proposições do Direito positivo *se um estado-de-coisas (ocorrências naturais ou condutas) não encontra previsão no pressuposto ou hipótese de qualquer de suas normas integrantes, como caso concreto do tipo pré-definido*[29].

Trata-se, portanto, de *falta de completude*, ou seja, da propriedade de o ordenamento jurídico possuir uma norma para regular qualquer caso. O sistema jurídico não inclui a norma que proíbe uma escolha do intérprete, tampouco a que permite[30].

A ausência de regramento legal, ante a problemas reais, tais como a nomeação de *administradores judiciais* em conflitos societários, engendra verdadeira angústia por parte dos operadores do

[29] VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 181.

[30] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 4ª ed. Brasília: Edunb, 1994. p. 115-116.

Direito, mormente dos magistrados. Estes, por não poderem se furtar do dever de julgar[31], recorrem a soluções casuísticas e díspares, conferindo imprevisibilidade e insegurança ao sistema jurídico.

A omissão legal possibilita que a decisão judicial se dê por analogia, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. A existência de tal previsão legal, para juristas clássicos[32], afastaria a possibilidade de alegação de *lacuna normativa*, uma vez que o próprio sistema diz como as omissões legais devem ser solucionadas.

A regra de se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito para integrá-lo com o fito de se obter decisões lastreadas no sistema jurídico revela o que NORBERTO BOBBIO[33] convencionou chamar de *lacunas ideológicas*. Nelas, não há, rigorosamente, a falta de uma solução do sistema, mas a ausência de um fecho *satisfatório*; de uma norma que se desejaria existente, mas que não existe.

Na *analogia*, busca-se aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição pertinente a um caso semelhante. Embebe-se da ideia de *sistema jurídico* como um todo uno e harmônico, buscando o tratamento isonômico entre fatos de igual natureza. Pressupõe, portanto, ***(i)*** uma hipótese não prevista; e ***(ii)*** a existência de um elemento de identidade essencial entre as relações paradigma (regulamentada) e paradigmática[34] (o objeto estudado).

---

[31] Código de Processo Civil, art. 126.

"Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."

[32] Tais como SAVIGNY, SANTI ROMANO, KARL BERGBOHM e CARLOS CÓSSIO (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito.* 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 32-54).

[33] BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 140.

[34] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito.* 10ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988. p. 208-212.

O elemento de identidade essencial, para a aplicação da forma integrativa *supra*, é a própria *razão da lei*. O emprego da analogia é feito para demonstrar que duas situações apresentam um motivo ou um fundamento congêneres[35].

De fato, a legislação empresarial codificada não traz hipótese de regramento quanto à nomeação de interventores judiciais para a fiscalização, cogestão ou substituição de administradores em conflitos societários. Assim, parece-me possível a aplicação analógica das legislações liquidatária (já vista) executiva, concorrencial e falimentar, no que couber, ao objeto de estudo, uma vez que todas guardam, como elemento essencial, o fulcro na *(re)ordenação da sociedade*, seja de forma *fiscalizatória, cogestora* ou *substitutiva*, para *cumprir* ou *verificar o cumprimento de deveres* legais ou contratuais.

Sobre essas disciplinas-paradigma, passa-se a discorrer doravante.

5.3 Das possíveis (outras) fontes analógicas

5.3.1 Penhora sobre o estabelecimento empresarial

Malgrado à primeira vista tenha-se o *estabelecimento empresarial* como o *local* onde se exerce empresa, essa noção contempla apenas uma parcialidade de sua abrangência. Trata-se de

[35] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 160. Sobre o *elemento de identidade essencial,* parafraseia-se o didático exemplo de NORBERTO BOBBIO sobre uma lei que atribui uma multa a quem exerce o comércio de livros ensinando a fraudar a Fazenda Pública. Essa multa poderia se estender a quem comercializa livros policiais ou mídias digitais ensinando a fraudar a Fazenda Pública? No caso, é provável que o aplicador do direito, criador da *norma de decisão*, aceite a segunda possibilidade, recusando a primeira. Não se nega a semelhança entre livros impressos ensinando a fraudar a Fazenda Pública e os com histórias policiais: ambos são compostos por papel, tinta, etc. Ocorre que o que têm em comum – a estética do papel – não foi a *razão suficiente e essencial* para a pena de multa estabelecida por lei. De outro lado, quanto às mídias digitais, contendo o material divulgador das artimanhas em face do *leão*, há, sem dúvida, uma real aproximação qualitativa, sendo a multa compatível ante a mesma razão de punir.

todo o conjunto de bens, materiais ou imateriais, utilizados pela sociedade no exercício de sua atividade econômica[36], abrangendo o ponto comercial, o nome empresarial, a infraestrutura, mercadorias, marcas, patentes, credibilidade, etc.

Quando a penhora recair, total ou parcialmente, sobre estabelecimento comercial, o juiz nomeará um *depositário*, determinando-lhe que apresente, em dez dias, a forma de *administração* do bem, a teor do art. 677, do CPC, e da jurisprudência[37] do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A legislação adjetiva civil foi infeliz em sua redação. A penhora sob o estabelecimento empresarial não é um simples depósito, com meros cuidados de guarda e conservação. O magistrado indicará, em verdade, um *interventor transitório*, em substituição ou cogestão[38]

---

[36] CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 858, abril, 2007, p. 30-47; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial:* o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**.** 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 104-105; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial.* 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 352,0 (Calibre); ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais:* direito de empresa. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64 (Calibre); RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 1.039. Vide, ainda, o art. 1.142 do Código Civil brasileiro, pelo qual "*Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária."*

[37] Súmula n.º 451: "*É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial*". Casuisticamente, *Cf.* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 315.986. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Segunda Turma. Brasília, 20 de março de 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 917.564. Relator: Ministro José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 13 de setembro de 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 450.454. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Segunda Turma. Brasília, 1º de agosto de 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo n.º 289.644. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. Brasília, 17 de fevereiro de 2003.

[38] O detalhamento da *forma de gestão* (substitutiva, cogestão ou meramente fiscalizatória) é imprescindível na delimitação dos poderes do administrador provisório, a fim de evitar julgados como o publicado pelo STJ em 12.06.2006, no qual se entendeu nula a citação do gestor temporário judicialmente nomeado para responder à demanda de despejo por falta de pagamento proposta em face da

à administração originária, após a oitiva das partes exequente e executada, caso estas não cheguem a uma decisão consensual quanto à administração do bem penhorado. Medida congênere está prevista nas leis processuais civis de Portugal[39], Espanha[40], México[41] e El Salvador[42], bem como nos Códigos Comerciais da Guatemala[43] e Honduras[44].

5.3.2 Penhora sobre a renda da sociedade

O CPC consagra duas hipóteses de penhora sobre a renda da sociedade empresária, ambas com a participação do administrador judicial. A primeira, nos casos de sociedade que funcione mediante regime administrativo de concessão ou autorização e; a segunda, das demais.

Nas sociedades concessionárias ou autorizadas, a penhora do crédito poderá incidir sobre a renda ou determinados bens específicos da pessoa jurídica, nomeando o juiz como *depositário*, de preferência, um dos seus diretores, que passará a exercer a função pública de auxiliar do Poder Judiciário. Sua obrigação será apresentar a *forma de administração* e o *esquema de pagamento* do débito executado, nos termos do art. 678.

Nas sociedades sem os citados vínculos administrativos com o Poder Público, o art. 655-A, § 3º, dispõe que:

---

sociedade interventiva (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 658.939. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 12 de junho de 2006). Sobre as formas de gestão, *Cf.* PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no Direito societário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 247-256.

[39] Art. 862.º-A.

[40] Art. 630, *1*. *Cf.*, ainda, MARTÍN, Ángeles Velázquez. *La intervención judicial de bienes y empresas*: estúdio procesal. Pamplona: Aranzadi, 2009. p. 27-29.

[41] Art. 460.

[42] Art. 633.

[43] Art. 661.

[44] Art. 647.

> na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Trata-se, pois, de indubitáveis formas de intervenção judicial sobre a administração das sociedades empresárias sob cogestão[45], a qual também encontra amparo no direito comparado[46].

5.3.3 Âmbito concorrencial

No âmbito *concorrencial*, o art. 96, da Lei Federal n.º 12.529/11, consignou a intervenção judicial nas sociedades empresárias como uma forma válida de dar concretude às decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que cominem multa ou obrigações de fazer ou não-fazer.

Originalmente, trata-se de uma nomeação *em cogestão* com os demais administradores da sociedade, só se tornando plena em caso de imposição de dificuldades por parte destes. Como punição, todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do

---

[45] Veja-se, nesse sentido, recente acórdão do STJ: "A figura do administrador da penhora sobre o faturamento da empresa pode ser feita por depositário – por força do art. 655-A, §3º, do Código de Processo Civil –, que assumirá a função de responsável pela operacionalização da constrição, com a prestação de contas mensal e segregação das quantias constritas, sendo dispensável, prima facie, a figura do administrador judicial para gerenciar a intervenção na empresa prevista" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 302.529/RJ. Relator: Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Brasília, 28 de junho de 2013).

[46] Código de Processo Civil (Portugal), *art. 862.º-A, 1;* Ley de Enjuiciamiento Civil (Espanha), art. 630, 2; Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, Art. 440; *Cf.*, ainda, RUBIO, José M.ª Paz et al. *Ley de enjuiciamiento civil comentada y com jurisprudência*. Madrid: La Ley, 2000. p. 973-975.

interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, conforme os arts. 329, 330 e 344 do Código Penal.

A decisão que determina a intervenção judicial no âmbito concorrencial deve conferir ao administrador um prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão dos seus trabalhos, fixando-lhe remuneração e indicando, clara e precisamente, *as providências a serem tomadas*. Caso haja o cumprimento do objetivo antes do prazo fatal, o criador da norma de decisão poderá fazer cessar o exercício do encargo.

O art. 108 do diploma ora estudado atribui ao interventor a incumbência de ***(i)*** praticar ou ordenar a prática dos atos necessários à execução; ***(ii)*** denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento; e ***(iii)*** apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao juiz relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo, na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

Outrossim, a legislação concorrencial responsabiliza o administrador judicial por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade, aplicando à sua atuação, no que couber, os arts. 153 a 159 da Lei de Sociedades Anônimas.

Em outras palavras, terá o gestor nomeado os deveres de *diligência*, *informação* e *lealdade*, sendo-lhe vedado intervir nas operações sociais em que tiver interesse conflitante com o do agente econômico, sob pena de ser polo passivo em *Ação de Responsabilidade*, promovida contra si. Se esta quedar-se inerte por três meses após a deliberação da assembleia-geral ou reunião, qualquer quotista terá a legitimidade ativa para buscar a tutela jurisdicional.

5.3.4 Searas falimentar e recuperacional

A Lei Federal n.º 11.101/05, regulou os procedimentos de recuperação extrajudicial, judicial, e a falência das sociedades empresárias, conferindo sensível importância à figura do administrador judicial. Pela lei, este auxiliar da justiça é tratado como a pessoa incumbida da fiscalização e da orientação dos atos integrantes do processo recuperacional, ou, ainda, da gestão ou liquidação da massa falida[47].

Pelo art. 21, *caput*, do citado diploma legislativo, o profissional interventor deverá ser idôneo e com atuação profissional regular, preferencialmente, como advogado, economista, contador ou administrador, facultando-se, ainda, a assunção do encargo por pessoa jurídica especializada. Após a nomeação, será o administrador intimado pessoalmente para, em quarenta e oito horas, assinar, na sede do juízo, *termo de compromisso* relativo à assunção do encargo.

Entre os deveres do administrador judicial no curso de procedimento recuperacional ou falimentar, estão ***(i)*** o fornecimento e a exigência de todas as informações necessárias aos credores ou seus administradores; ***(ii)*** a cessão de extratos dos livros do devedor, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos; ***(iii)*** a elaboração e a consolidação do quadro-geral de credores; ***(iv)*** a contratação, mediante autorização judicial, de profissionais ou pessoas jurídicas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções; e ***(v)*** gerir os contratos em vigor e o empreendimento como um todo.

Quanto à remuneração, o juiz fixará seu valor e forma de pagamento, observando-se a capacidade do devedor, o grau de

[47] Recentemente, o Estado Português promulgou o importantíssimo *Estatuto do Administrador Judicial* (Lei n.º 22/2013), regulando, pormenorizadamente, a administração judicial nos procedimentos falimentar e recuperacional. A administração judicial em situações congêneres também está prevista, com as idiossincrasias próprias de cada nação, na Espanha (Ley 22/2003, art. 26), Alemanha (Insolvenzordnung, § 22), Itália (Regio Decreto n. 267/ 1942, art. 167) e França (Code de Commerce, art. 1812-1).

complexidade do trabalho e os valores do mercado para o desempenho de atividades semelhantes. Em qualquer caso, o valor *total* a ser recebido pelo interventor judicial não poderá exceder a cinco por cento do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial, ou do valor de venda dos bens na falência, nos termos do art. 24, *caput* e § 1º, da Lei Federal n.º 11.101/05.

5.4 Falta *de* (ou *da*?) administração: o art. 49 do Código Civil

Nesse ponto, merece consideração[48] o art. 49 do Código Civil, pelo qual, "*se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório*".

A disposição geral trata da *vacância superveniente* na administração de qualquer pessoa jurídica. Contempla, então, o *abandono,* a *morte* e a *ausência*[49] do corpo administrativo, tornando necessária a célere recomposição da gestão empresarial, dado o interesse geral[50] na articulação dos fatores de produção e na presentação societária. Nessa acepção do tema, há diversos precedentes judiciais[51], além de iniciativas no direito comparado[52].

---

[48] É incrível como a existência do art. 49 do CC se mostra ignorada com um eloquente silêncio pela grande maioria da doutrina civil e comercial. Ressalvam-se – *alguns!* – Códigos Comentados *artigo por artigo*, os quais não encontram muitas escolhas, a não ser tecer palavras sobre o tema, as quais, quase sempre, limitam-se a repetir o seu próprio teor (*v.g.*, AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código civil comentado*: das pessoas e dos bens - artigos 1º a 103. São Paulo: Atlas, 2007. p. 49).

[49] Refere-se, naturalmente, à ausência *jurídica*, seja a dos arts. 22 a 39 do Código Civil, seja a sinônimo de *ilegitimidade*.

[49] Refere-se, naturalmente, à ausência *jurídica*, seja a dos arts. 22 a 39 do Código Civil, seja a sinônimo de *ilegitimidade*.

[50] Comentando o art. 49 do CC, NESTOR DUARTE fala em interesse *de terceiros* (In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 4ª Ed. Barueri: Manole, 2010. p. 59), que nos parece uma expressão mais restritiva.

[51] *Cf.*, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 0060211-50.2010.8.26.0002. Relator: Desembargador James Siano. Quinta Câmara

de Direito Privado. São Paulo, 8 de junho de junho de 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 6163474400. Relator: Desembargador Santini Teodoro. Segunda Câmara de Direito Privado. São Paulo, 16 de fevereiro de 2009; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AI n.º 70044551554. Relator: Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman. Vigésima Câmara Cível. Porto Alegre, 24 de agosto de 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 9098119672005826. Relator: Desembargadora Viviani Nicolau. Nona Câmara de Direito Privado. São Paulo, 25 de agosto de 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 9090570642009826. Relator: Desembargador Teixeira Leite. Quarta Câmara de Direito Privado. São Paulo, 25 de novembro de 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 1972797720128260000. Relator: Desembargador Percival Nogueira. Sexta Câmara de Direito Privado. São Paulo, 23 de outubro de 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 5846444300. Relator: Desembargador Teixeira Leite. Quarta Câmara de Direito Privado. São Paulo, 3 de fevereiro de 2009; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AI n.º 1.0024.10.190146-0/001. Relator: Desembargador Lucas Pereira. Décima Sétima Câmara Cível. Belo Horizonte, 17 de maio de 2011.

[52] O Código Civil **Uruguaio**, ao tratar das associações de reconhecida utilidade pública, dispõe em seu art. 106: "*En caso de desintegración o acefalía de la dirección, o habiendo litigio respecto de ella, podrá nombrarse judicialmente, a solicitud de parte interesada, si hubiere urgencia, a uno o más asociados para llenar las vacancias, hasta que la asamblea decida lo que corresponda. Si faltaren asociados a quienes confiar la dirección, el juez podrá designar otras personas reputadas por su idoneidad y honorabilidad*".

Na **Alemanha**, tratando das associações e sociedades mercantis, o § 29 do Código Civil confere a mesma prerrogativa ao magistrado quando houver *fehlen*, isto é, *ausência* do corpo administrativo: "*Soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstands fehlen, sind sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Behebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgericht zu bestellen, das für den Bezirk, in dem der Verein seinen Sitz hat, das Vereinsregister führt*".

Em **Portugal**, os arts. 253º e 394º, do Código das Sociedades Comerciais, também parte da mesma premissa, *in verbis*:

"Art. 253º

Substituição de gerentes

(...)

2. Faltando definitivamente um gerente cuja intervenção seja necessária por força do contrato para a representação da sociedade, considera-se caduca a cláusula do contrato, caso a exigência tenha sido nominal; no caso contrário, não tendo a vaga sido preenchida no prazo de 30 dias, pode qualquer sócio ou gerente requerer ao tribunal a nomeação de um gerente até a situação ser regularizada, nos termos do contrato ou da lei.

No âmbito societário, caso os administradores *mortos* ou *ausentes* não sejam quotistas, é possível a reestruturação administrativa extrajudicial, por deliberação em assembleia ou reunião[53]. Caso sejam, qualquer dos sócios poderia buscar a tutela jurisdicional visando à recomposição do órgão gestor, por meio da nomeação de um administrador. Para tanto, duas condições[54] precisariam ser verificadas: ***(i)*** a ausência de – *ou inexequibilidade da* – solução prevista no contrato ou estatuto social; e ***(ii)*** a inexistência de quórum ou convergência necessária à deliberação social para alterar o contrato social ou designar novo administrador em ato separado[55].

Nesse contexto, *perquire-se se seria possível extrair outro sentido do dito art. 49, qual seja, o de fundamento de direito material para a intervenção judicial provisória nas sociedades em conflito*.

Posicionando-se quanto à problemática, MARCELO GUEDES NUNES[56] entende que o artigo não se refere apenas aos casos de vacância, mas, também, àqueles em que o administrador está presente, mas falta com deveres e opera de maneira contrária ao interesse social.

(...).

Artigo 394.º

Nomeação judicial

1 - Quando durante mais de 60 dias não tenha sido possível reunir o conselho de administração, por não haver bastantes administradores efectivos e não se ter procedido às substituições previstas no artigo 393.º, e, bem assim, quando tenham decorrido mais de 180 dias sobre o termo do prazo por que foram eleitos os administradores sem se ter efectuado nova eleição, qualquer accionista pode requerer a nomeação judicial de um administrador, até se proceder à eleição daquele conselho.

(...)."

[53] *Cf.*, arts. 1.076, II, do CC. Nesses casos, faltaria até mesmo o *interesse de agir* para eventual socorro à tutela jurisdicional visando à aplicação do art. 49 do CC.

[54] Sob pena de, potencialmente também faltar interesse de agir.

[55] *Cf.* art. 1.071 e 1.076 do Código Civil.

[56] NUNES, Marcelo Guedes. Op. cit. p. 120-121.

Duas recentes decisões também conferiram essa interpretação ao dispositivo. A primeira, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)[57], o aplicou com base na violação aos deveres sociais por parte do administrador de uma *associação*; a segunda, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC)[58], em face de uma *sociedade*. Entendendo que o art. 49 não se aplica aos conflitos internos em pessoas jurídicas, há precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF)[59].

Apesar do aresto do TJDF, a tese se justifica do ponto de vista *literal*. Semanticamente, *faltar* é uma expressão polissêmica[60], também podendo significar *falhar* (*v.g.*, *a administração faltou com a companhia, isto é, foi omissa ou violou seus deveres*).

Como ensina KARL LARENZ[61], a flexibilidade e a capacidade de adaptação da linguagem geral constituem, ao mesmo tempo, sua força e fraqueza. Consequentemente, do uso linguístico não se obtém apenas um sentido literal inequívoco, desaguando em outros significados possíveis. Não sendo possível determinar, *a priori*, o sentido – *ou os sentidos?* – ao(s) qual(is) a lei se refere, a interpretação gramatical literal não poderá remediar essa situação[62].

---

[57] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AI n.º 70052141066. Relator: Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins. Décima Sexta Câmara Cível. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2012.

[58] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. AI n.º 2012.077148-1, Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira. Quarta Câmara de Direito Comercial. Florianópolis, 17 de julho de 2013.

[59] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. AI n.º 0013722-23.2009.807.0000. Relator: Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa. Terceira Turma Cível. Brasília, 13 de novembro de 2009.

[60] Aliás, como o é o próprio termo *administração*, o qual contém uma dupla acepção, podendo designar a *atividade* ou o *órgão* (*Cf.* ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governação das sociedades comerciais*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 39-44).

[61] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 451-452.

[62] FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2ª Ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963. p. 140.

No campo *(teleo)lógico*, a conexão de significado da lei, e também a sistemática conceptual que lhe é subjacente, só se mostra compreensível quando se tomam também em consideração os propósitos da regulamentação[63]. Conquanto nada haja sobre o tema na exposição de motivos[64] do Código Civil, penso que a *falta* referida pelo artigo 49 se refere, originariamente, à *vacância na administração societária, seja por morte, ausência ou abandono*. O dispositivo buscou tratar da situação jurídica da falta *de* administração, não *da* administração. Não englobaria, portanto, a falta *no* exercício da função, isto é, a *grave violação* aos deveres de gestão que fundamentariam o pedido de destituição cumulado com a nomeação de um interventor judicial.

Entretanto, não se pode olvidar que cabe ao intérprete a busca pelo elemento racional no momento da aplicação, sendo possível que uma norma ditada para um certo fim adquira função e destino diversos, em uma interpretação evolutiva[65].

Perfazendo a impreterível análise sistemática, o art. 49 está geograficamente imiscuído nas disposições gerais do Código Civil sobre as pessoas jurídicas. Ali, divide espaço com conceitos e classificações propedêuticos (arts. 40 a 42 e 44), a disciplina básica da responsabilidade civil (art. 43), bem como do seu registro (arts. 45 e

---

[63] LARENZ, Karl. Op. cit. p. 461.

[64] "Os trabalhos preparatórios podem esclarecer-nos relativamente às ideias e ao espírito dos proponentes da lei ou de alguns votantes, e valem como subsídio, quando puder demonstrar-se que tais ideias e princípios foram incorporados na lei" (FERRARA, Francesco. Op. cit. p. 146); "(...) O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo à intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independentemente delas. (...) O «sentido normativo da lei» não exclui, antes inclui, esta relação de tensão; está, portanto, sempre referido também à vontade do legislador. (...) Como «vontade do legislador» teriam, nestes termos, valido as ideias normativas da comissão consultiva ou dos relatores ministeriais que tomaram parte na elaboração da lei e, em todo o caso, as dos membros da comissão parlamentar (LARENZ, Karl. Op. cit. p. 448-465).

[65] FERRARA, Francesco. Op. cit. p. 141-142; LARENZ, Karl. Op. cit. p. 468.

46), representação (art. 47), tomada e anulação de decisões (art. 48), desconsideração da personalidade jurídica (art. 50) e dissolução (art. 51).

Bem se vê, o art. 49 é imediatamente *antecedido*[66] pela disciplina da *representação*, da *tomada* e da *anulação de decisões coletivas por violação à lei ou ao estatuto ou vícios do negócio jurídico*. A seu turno, é imediatamente *sucedido*[67] pela desconsideração da personalidade jurídica com base na teoria dos atos *ultra vires*.

Ante a tais análises, o sistema no qual se insere o art. 49 não afasta a possibilidade de seu manejo também em face de conflitos societários, razão pela qual dele se pode extrair um sentido duplo (falta *de* ou *da* administração).

Em situações como essa, de interpretação indeterminada, FRANCESCO FERRARA[68] recomenda que se escolha o significado pelo qual haja menos *desvio do direito regular*. Ao se proceder dessa forma, conferir-se-ia ao art. 49 uma interpretação restritiva, reconhecendo que o legislador, embora tenha se expressado de forma genérica e ampla (dada a polissemia semântica do vocábulo *falta*), apenas quis referir-se a uma classe especial de relações, qual seja, a falta *de* administração, a ausência de representação regularmente instituída.

---

[66] Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

[67] "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

[68] FERRARA, Francesco. Op. cit. p. 148.

No entanto, não se está diante de nenhum dos casos tidos pelo professor italiano como *particularmente adequados a uma interpretação restritiva*[69], quais sejam: ***(i)*** se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, vier a contradizer outro texto de lei; ***(ii)*** se a lei contém em si uma contradição íntima (*ad absurdum*); ou ***(iii)*** se o princípio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim para que foi ordenado.

Ora, nenhum dos sentidos aqui debatidos ensejam contradições, sejam externas (em face de outros dispositivos legais), sejam internas (em face de seu próprio texto). Outrossim, a aplicação do terceiro preceito é hercúlea, na medida em que não se pode negar[70] a possibilidade de a norma abarcar um fim (*mens legis*) não previsto pelo legislador (*mens legislatoris*).

Na impossibilidade de se chegar a um resultado metodologicamente assegurado, e partindo do abstrato ao concreto, a interpretação do art. 49 admite, pelo menos, duas soluções.

A primeira, em s*tricto senso* (*restritivamente*), se refere às situações de morte, ausência ou abandono da administração, isto é, à falta *de* administração. Exige, se necessário for, a nomeação judicial de um gestor provisório, externo ou interno aos quadros da pessoa jurídica, até que esta, por seus mecanismos decisórios internos (*deliberação por assembleia ou reunião, manifestação por escrito de todos os associados ou sócios, etc.*) tenha a condição de construir uma solução fruto do autonomia da vontade.

Já a segunda, em *lato sensu* (*ampliativamente*), pode abranger a intervenção judicial em conflitos societários, decorrente da grave violação aos deveres administrativos, decorrentes de lei ou do contrato, por parte da gestão, isto é, da falta *da* administração. Exige, se necessário for, a nomeação judicial de um gestor provisório, externo ou interno aos quadros de quotistas, até que haja cognição judicial ulterior ou exauriente sobre o tema.

---

[69] Ibid. p. 149.

[70] Aliás, nem mesmo o autor o nega (Ibid. p. 135-137).

Com isso, quer-se dizer que não se pode falar em *única interpretação correta*. O leque de soluções é plural, sendo adequado o manejo de um ou outro viés, mais ou menos ampliativo, quando houver justificativas metodológicas[71].

Por tais razões, ter-se-ia no art. 49 *não uma fonte analógica* para nomeação de administradores judiciais na intervenção judicial em conflitos societários, *mas, em verdade, uma aplicação direta*, embora em acepção *lata*, fruto de uma interpretação evolutiva[72]. Parece adequada, então, a aplicação do dispositivo em um quadro em que *existe administração regularmente constituída*, embora esta *viole deveres* legais ou contratuais, como no caso do objeto desse estudo[73].

Contudo, encontrar fundamento material para o objeto estudado no art. 49 do CC não representa maiores repercussões prática. Com efeito, o dispositivo se trata de simples *autorização para a nomeação de um gestor provisório*, a qual já poderia ser extraída do antevisto poder geral de cautela (art. 798 do CPC). Ainda que assim não fosse, foram expostas diversas outras disposições legais passíveis de manejo analógico.

Consequentemente, mostra-se patente a necessidade de uma inovação legislativa[74] que discipline a intervenção judicial em

---

[71] GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.* 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 108-109; LARENZ, Karl. Op. cit. p. 283.

[72] FERRARA, Francesco. Op. cit. p. 141-142; LARENZ, Karl. Op. cit. p. 468-501.

[73] JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU defende a possibilidade de aplicação do art. 49 em conflitos societários de maneira ainda mais direta. Em um primeiro momento, com fundamento na *justa causa*, o magistrado afastaria a administrador-infrator do exercício do seu encargo; ato contínuo, *ante a vacância decorrente do afastamento judicial*, nomear-se-ia o interventor provisório (*Direito das sociedades na jurisprudência*, abril/maio de 2014, notas de aula).

[74] Não se olvida da existência de debates parlamentares, no Brasil, atinentes à superveniência de um *novo Código Comercial*. Na Câmara dos Deputados, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei (PL) n.º 1.572/2011; no Senado Federal, foi constituída, em maio de 2013, uma Comissão de Juristas para a *elaboração de um anteprojeto*, calcado naquele já existente perante a Câmara dos Deputados, com o fim de dar celeridade aos debates nas duas casas parlamentares. Em novembro de 2013, o dito objeto foi entregue ao Presidente do Senado Federal, ainda não tendo sido convertido em PL.

conflitos societários, regulando, no mínimo, ***(i)*** quem pode ser nomeado interventor; ***(ii)*** as espécies de intervenção; ***(iii)*** as atividades a ser desenvolvidas; ***(iv)*** os prazos de intervenção; e ***(v)*** os critérios de

---

No que tange ao PL n.º 1.572/2011, foi estruturada, em seu art. 123, a existência do administrador judicial em regime *fiscalizatório*. A particularidade da dita previsão é que esta pretende ser a *única espécie* de interferência do Poder Judiciário na administração societária, impossibilitando ao Poder Judiciário a nomeação *substitutiva* ou em *cogestão*, seja ela fundada no poder-geral de cautela, no art. 49 do CC ou em qualquer outro fundamento, ainda que analógico.

Por sua vez, o anteprojeto construído no âmbito do Senado Federal pormenoriza, com mais rigor, o instituto. Dele, sobressaem diversos pontos de interesse, por exemplo: ***(i)*** a expressa autorização da instituição da administração judicial, seja em suas formas *fiscalizadora,* em *cogestão* ou *substituição*, devendo o juiz, fundamentadamente, perfazer a indicação clara e precisa dos poderes concedidos ao interventor nomeado (art. 1.025, *caput* e § 1.º); ***(ii)*** a proibição da intervenção judicial em face da simples divergência quanto à condução dos negócios – *business judgment rule* – (art. 1.023); a vedação à prática de atos extraordinários de gestão, tais como alienação de ativos relevantes, demissão de funcionários e celebração de contratos de valor expressivo (art. 1.025, § 2.º); a limitação temporal à intervenção a cento e oitenta dias (art. 1.022); a obrigação de o interventor apresentar relatório conclusivo avaliando a situação da sociedade, descrevendo as eventuais irregularidades perpetradas pelos administradores fiscalizados ou substituídos, bem como respondendo aos eventuais quesitos das partes (art. 1.025, § 6º); a fixação do valor e periodicidade de pagamento da remuneração do interventor judicial no ato da nomeação, tomando-se em conta as características do trabalho a ser desenvolvido e a capacidade econômica e financeira da sociedade intervinda (art. 1.026); e a responsabilidade civil solidária entre o gestor judicial e o sócio que requereu a intervenção perante a sociedade e os demais sócios pelos eventuais prejuízos dela decorrentes (art. 1.028).

Cada um dos aspectos supracitados comporta debates extensos e controvertidos, os quais fogem ao escopo deste trabalho. Diga-se, aliás, que essas breves exposições acerca do PL 1.572/2011 e do anteprojeto do Senado Federal carregam fins puramente informativos, afinal, a inconteste *leniência* parlamentar brasileira não permite fazer prognósticos acerca da eventual promulgação e vigência de um novo Código Comercial.

Com efeito, vinte e sete anos se passaram entre o início da tramitação e a promulgação do Código Civil de 2002 (PL n.º 634/1975). Na fila, ainda aguardam apreciação os novos Códigos de Processo Penal (PL n.º 8.045/2010) e Processo Civil (8.046/2010). Ademais, não se pode olvidar que, em 2014, o Brasil sediará uma Copa do Mundo e realizará eleições nos âmbitos federal e estadual.

Ante tal contexto, acredita-se que a discussão sobre o fundamento legal da administração judicial em conflitos societários no direito brasileiro mostra-se atual e com tendência à permanência a longo prazo.

remuneração do gestor nomeado[75]. Com isso, afastar-se-ia o arbítrio judicial ou o recurso desnecessário aos parâmetros encontrados na analogia, os quais foram pensados, naturalmente, para suas próprias particularidades.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Baseando-se no sistema jurídico brasileiro e ponderando-se os argumentos discutidos a cada capítulo, conclui-se que:

1. apenas uma parcela ínfima das decisões judiciais que se debruçam sobre a nomeação de interventores em conflitos societários motivam, legalmente, este ato;

2. em geral, a parca motivação é processual, baseando-se no poder geral de cautela do Poder Judiciário (art. 798 do CPC) ou, analogicamente, no regime de liquidação de sociedades em dissolução total (art. 657 do CPC/1939);

3. é possível extrair motivação constitucional para o procedimento estudado, a partir da preservação da livre iniciativa (arts. 1.º, IV, e 170, *caput*), a qual, pela sua destacada posição na geografia da Lei Maior, é um valor intrínseco a todo o arcabouço jurídico pátrio, devendo o Poder Judiciário, quando instado a agir, protegê-la;

4. as lacunas legais quanto ao objeto de estudo podem ser supridas por analogia, buscando-se um o tratamento isonômico entre fatos de igual natureza;

5. para que a analogia seja utilizada de maneira congruente, é preciso que haja um elemento de identidade essencial entre as relações paradigma e paradigmática, qual seja, o fulcro na

[75] Em dissertação de Mestrado, debati tais aspectos ao tratar do conteúdo mínimo da intervenção judicial nominativa. *Cf.* LEITE, Marcelo Lauar. *Intervenção judicial nas sociedades limitadas em face da liberdade de iniciativa* [dissertação de mestrado]. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte; 2013, p. 91-98).

(re)ordenação societária para o cumprir ou verificar o cumprimento de deveres legais ou contratuais;

6. por haver identidade essencial, as nomeações de administradores judiciais previstas para a penhora sobre o estabelecimento comercial (art. 677 do CPC), a penhora sobre a renda das sociedades (art. 678 do CPC), as execuções judiciais das decisões do CADE (art. 96 da Lei Federal n.º 12.529/11) e a condução dos processos falimentares ou recuperacionais (art. 21 da Lei Federal n.º 11.101/05) podem ser fundamentos analógicos à nomeação de administradores judiciais provisórios em conflitos societários;

7. em s*tricto senso* (*restritivamente*), o art. 49 do CC se refere às situações de morte, ausência ou abandono da administração, isto é, à falta *de* administração, exigindo, necessário for, a nomeação judicial de um gestor provisório, externo ou interno aos quadros da pessoa jurídica, até que esta, por seus mecanismos decisórios internos (*deliberação por assembleia ou reunião, manifestação por escrito de todos os associados ou sócios, etc.*) tenha a condição de construir uma solução fruto do autonomia da vontade;

8. em *lato sensu* (*ampliativamente*), o dispositivo pode abranger a intervenção judicial em conflitos societários, decorrente da violação aos deveres administrativos, decorrentes de lei ou do contrato, por parte da gestão, isto é, da falta *da* administração, exigindo, se necessário for, a nomeação judicial de um gestor provisório, externo ou interno aos quadros de quotistas ou acionistas, até que haja cognição judicial exauriente sobre o tema; e,

9. para se afastar o arbítrio judicial ou o recurso desnecessário aos parâmetros analógicos, mostra-se patente a necessidade de uma inovação legislativa que discipline a intervenção judicial em conflitos societários, regulando, no mínimo, ***(a)*** quem pode ser nomeado interventor; ***(b)*** as espécies de intervenção; ***(c)*** as atividades a ser desenvolvidas; ***(d)*** os prazos de intervenção; e ***(e)*** os critérios de remuneração do gestor nomeado.

A REPRESENTAÇÃO DE ACIONISTA EM ASSEMBLEIA GERAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA: OBSERVAÇÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DA CVM[1]

SHAREHOLDER REPRESENTATION IN SHAREHOLDERS' MEETINGS OF CORPORATIONS: CONSIDERATIONS ON THE BRAZILIAN SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION STANCE

Gabriela Codorniz
Marília Lopes

Resumo: Em recente decisão, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários – CVM examinou o tema da representação de acionistas em assembleias gerais, tendo afastado certos requisitos do § 1° do art. 126 da Lei n° 6.404/76 – a Lei das S.A. – para a representação de pessoas jurídicas em assembleias gerais de companhias abertas. Para a Autarquia, as pessoas jurídicas podem ser representadas por mandatários constituídos de acordo com seus atos constitutivos e as regras do Código Civil, sem a necessidade de que sejam advogados, acionistas ou administradores da companhia. Neste contexto, será examinada a evolução legislativa da representação em assembleias, assim como expostos alguns conceitos sobre os tipos de representação, para que se tente alcançar a melhor interpretação do art. 126 da Lei das S.A. Com tal análise, serão traçadas críticas a respeito da extensão da decisão proferida pela Autarquia, tendo em vista a importância de acionistas serem corretamente representados em assembleias gerais para a formação da vontade social.

Palavras-chave: Sociedade anônima. Assembleia geral. Representação de acionistas. Representação Legal. Representação Convencional. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Lei das S.A.

[1] Artigo recebido em 25.02.2015 e aceito em 09.03.2015.

Keywords: Corporation. Shareholders' General Meeting. Shareholders' representation. Legal representation. Conventional representation. Brazilian Securities and Exchange Commission. Brazilian Corporate Law.

Sumário: Introdução. 1. A Representação em Assembleia. 1.1. A Representação no Regime Anterior à Lei das S.A. 1.2. A Representação na Lei das S.A. 2. Os Tipos de Representação. 2.1. A Representação Legal. 2.2. A Representação Convencional. 3. O Processo CVM RJ N° 2014/3578. 3.1. O Posicionamento da Área Técnica da CVM. 3.2. A Decisão do Colegiado. 4. Comentários sobre o Posicionamento da CVM. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Em recente decisão, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM" ou "Autarquia") examinou o tema da representação de acionistas em assembleia geral de companhias abertas. A análise teve origem em reclamação encaminhada à Autarquia por acionista impedido de participar de assembleia geral, que deu origem ao Processo Administrativo CVM nº RJ2014/3578 ("Processo 2014/3578"). O motivo do impedimento foi o entendimento de que a procuração outorgada por um fundo de investimento acionista, por meio do gestor, para integrante de sua equipe de análise, não observaria os requisitos de representação do art. 126, § 1º da Lei nº 6.404/76 ("Lei das S.A.")[2], tendo em vista não ser

[2] Art. 126 (...)

§ 1º O acionista pode ser representado na assembléia-geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição

o outorgado advogado, acionista ou administrador da companhia em questão.

O exame feito pela CVM trouxe à luz certa polêmica relacionada à representação dos acionistas em assembleia, tendo o assunto se mostrado controverso inclusive internamente, na própria Autarquia[3]. Após discussões, a conclusão alcançada pelo Colegiado ampliou as hipóteses de representação convencional dos acionistas em assembleia, facultando às pessoas jurídicas a representação por meio de mandatários constituídos de acordo com seus atos constitutivos e as regras do Código Civil, sem necessidade de que o outorgado seja advogado, acionista ou administrador da companhia.

Neste cenário, compreender os limites legais para a representação dos acionistas é fundamental para que as assembleias sejam validamente instaladas, e as decisões obedeçam aos quóruns da lei, sob pena dos designados vícios da assembleia[4].

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo analisar o tratamento conferido pela lei à representação de acionistas em assembleia geral, buscando examinar sua evolução legislativa, para tentar alcançar a melhor interpretação do art. 126 da Lei das S.A. Após a análise do dispositivo em questão, que abrangerá inclusive os tipos de representação previstos na Lei das S.A., examinar-se-á a decisão proferida pelo Colegiado da CVM no Processo 2014/3578, os argumentos que a embasaram e as consequências para o mercado de capitais brasileiro. Em seguida, serão traçados comentários sobre o tema, para que, por fim, se tente chegar a uma conclusão sobre a representação de acionistas em assembleias gerais de sociedades anônimas.

---

financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.

[3] O entendimento da área técnica e do Colegiado da CVM foi divergente, como se verá mais adiante.

[4] Veja-se, sobre o tema, a obra Invalidade das Deliberações de Assembleia das S/A (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das Deliberações de Assembleia das S.A.* São Paulo: Malheiros Editores, 1999).

1. A REPRESENTAÇÃO EM ASSEMBLEIA

A assembleia geral constitui o órgão supremo das companhias e tem natureza essencialmente deliberativa, visto que os acionistas reúnem-se para exercer o direito de voto e formar a vontade social. Não se trata, contudo, de mera reunião de acionistas; a assembleia geral é marcada pelo formalismo, devendo obedecer estritamente a todos os requisitos e procedimentos de convocação, instalação e deliberações exigidos pela lei e pelo estatuto social.

Como a assembleia geral constitui a oportunidade que os acionistas têm de se manifestar acerca dos negócios sociais, bem como de tomar as deliberações necessárias à defesa e desenvolvimento da companhia, é de extrema importância o comparecimento dos acionistas e sua efetiva participação nas deliberações, de modo a contribuir para a formação da vontade social. A lei, assim, assegura a todos os acionistas o direito de participar de assembleias gerais, inclusive aos acionistas sem direito de voto, que poderão comparecer para discutir as matérias postas à deliberação.

Nesse contexto, o tema da representação em assembleia geral apresenta grande relevância, visto que é permitido ao acionista que não pode comparecer pessoalmente, ou através de seu representante legal, nomear um procurador para representá-lo. Assim, ao prever a possibilidade de o acionista ser representado, a lei visa a facilitar a adesão às reuniões, e, com isso, tentar combater o problema do absenteísmo nas assembleias[5]. É evidente, portanto, que quanto mais

[5] Como se sabe, o custo de participação em uma assembleia é bastante alto, seja por conta do tempo a ser despendido na análise dos documentos que serão debatidos, seja por conta do próprio custo de deslocamento, ou pela contratação de um representante. Tal cenário leva ao absenteísmo nas assembleias, em especial de acionistas que possuem participação reduzida que não influenciará nas decisões que serão tomadas. A CVM tem um olhar atento sobre o tema. Recentemente colocou em audiência pública, por meio do Edital de Audiência Pública SDM Nº 09/2014, proposta de minuta de instrução alteradora da Instrução CVM nº 481, de 17 de dezembro de 2009 para possibilitar a participação e votação a distância em assembleias gerais.

flexíveis forem as normas a esse respeito, maior será a adesão às assembleias gerais.

1.1. A REPRESENTAÇÃO NO REGIME ANTERIOR À LEI DAS S.A.

A primeira referência à representação de acionistas em assembleia foi na Lei n° 3.150, de 4 de novembro de 1882, que aboliu a necessidade de autorização estatal para a constituição de grande parte das sociedades anônimas. Dispunha o §8° do art. 15 da referida lei que seriam admitidos em assembleia "votos por procuração com poderes especiaes, comtanto que estes não sejam conferidos a administradores e fiscais".

Os diplomas seguintes a tratarem do tema foram o Decreto nº 164, de 17 de janeiro de 1890 (art. 15, § 8°[6]) e o Decreto n° 434, de 4 de julho de 1891 (art. 133[7]), que ampliaram as restrições da regra precedente para que o procurador também pudesse ser acionista da companhia, não podendo ser administrador ou fiscal (conselheiro fiscal).

Já o Decreto nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 ("Decreto nº 2.627/1940"), que disciplinou as sociedades por ações até 1976, tratou da representação em assembleia de forma semelhante às normas anteriores, mas com redação aprimorada. Assim, nos termos do § 1º de seu art. 91, os acionistas somente poderiam ser representados em assembleias gerais por procuradores que fossem também acionistas, vedada a outorga de procuração a administradores e membros do

[6] Art. 15 (...)

§ 8º Para a eleição dos administradores e empregados da sociedade, bem como para as deliberações de qualquer natureza, serão admittidos votos por procuração com poderes especiaes, comtanto que estes não sejam conferidos a administradores e fiscaes, e que sejam accionistas os procuradores.

[7] Art. 133. Para a eleição dos administradores e empregados da secretaria, bem como para as deliberações de qualquer natureza, serão admittidos votos por procuração, com poderes especiaes, comtanto que estes não sejam conferidos a administradores e fiscaes, e que sejam accionistas os procuradores.

conselho fiscal da companhia ou de outros órgãos criados pelo estatuto[8].

A intenção do legislador, ao restringir a outorga de procurações a pessoas que ostentassem a qualidade de acionistas, foi a de impedir que estranhos à sociedade tomassem parte em suas deliberações, atrelando-se à ideia, corrente até os dias atuais, de que o que ocorre na assembleia é de interesse exclusivo dos acionistas[9]. Contudo, tal restrição acabava dificultando a representação dos acionistas. Na prática, quando desejavam ser representados por terceiros, inclusive seus advogados, os acionistas acabavam tendo que transferir-lhes uma pequena quantidade de ações para atender à exigência legal[10].

O Decreto nº 2.627/1940 previu, ainda, no § 2º do mesmo art. 91, que os representantes legais dos acionistas também poderiam representá-los nas assembleias gerais. Assim, o único caso, sob o regime do Decreto nº 2.627/1940, em que o representante não precisaria necessariamente ser acionista da companhia, era o caso do representante legal.

Já a proibição de que o administrador ou membro do conselho fiscal ou consultivo figurasse como procurador do acionista buscava restringir a participação de pessoas ligadas à administração na formação da vontade social, a fim de evitar um possível conflito de interesses. Essa regra não considerava a possibilidade de companhias

---

[8] Art. 91 (...)

§ 1º Os acionistas poderão ser representados na assembléia geral por procurador, que prove também aquela qualidade. Os membros da diretoria, do Conselho Fiscal ou de qualquer outro órgão criado pelos estatutos não poderão ser procuradores ou representantes dos acionistas na assembléia geral.

[9] VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. II, p. 101.

[10] Os casos de transferência de ações por formalidade sobreviveram ao Decreto 2.627/1940. Veja-se, como exemplo, a antiga disposição do art. 146 da Lei das S.A., que obrigava a transferência de ações para membros do conselho de administração, visto que precisavam ostentar a qualidade de acionistas. Tal exigência perdurou até 2011, sendo extinta pela Lei nº 12.431/2011.

com capital disperso e pulverizado, em que a administração assume papel de grande relevância[11].

1.2. A REPRESENTAÇÃO NA LEI DAS S.A.

A Lei das S.A., por sua vez, ampliou significativamente a disciplina, trazendo novas possibilidades de representação em assembleia. Neste sentido, o § 1º do art. 126 da lei, que trata da matéria:

> Art. 126 (...)
> § 1º O acionista pode ser representado na assembléia-geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.

Com efeito, a primeira parte do §1° do art. 126 ampliou o leque dos legitimados a figurar como procuradores dos acionistas. Além de outros acionistas, conforme já previsto anteriormente, passaram também a serem aceitos os advogados[12] e administradores da companhia[13].

De acordo com a Exposição de Motivos do projeto da Lei das S.A., elaborado por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, a inclusão do advogado no rol dos legitimados para representar o

---

[11] Veja-se, sobre o tema, CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. II, p. 856-857.

[12] O art. 7º, inciso VI, alínea "d" da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) prevê que os advogados poderão ingressar livremente em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais.

[13] Para que não haja dúvidas, o administrador de quem a lei trata é o administrador da companhia cuja assembleia será realizada. Ademais, segundo a Lei das S.A., compõem a administração, os diretores e membros do conselho de administração.

acionista se deu com o intuito de que ele "possa representar seu cliente sem o formalismo de transferência de umas poucas ações para o seu nome"[14]. Assim, o advogado, como conhecedor da lei e adstrito ao dever de sigilo por conta de regulamentação própria[15], passou a ser aceito como representante.

Por sua vez, a inclusão do administrador na lista de autorizados representou avanço considerável, pois significou uma migração do antigo sistema, que presumia haver conflito de interesses em qualquer forma de representação pelo administrador, para o reconhecimento de que o administrador pode ser "instrumento para manter a estabilidade da administração das companhias com capital pulverizado entre muitos acionistas"[16].

Com a alteração, o legislador reconheceu a possibilidade de as companhias possuírem estrutura de capital pulverizado[17], em que a administração ganha relevante papel[18]. Neste sentido, por conta do disposto no § 2° do art. 126 da Lei das S.A.[19], a CVM passou a

[14] LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*: pressupostos, elaboração, aplicação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. I, p. 239.

[15] Os arts. 25 a 27 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil contemplam o dever de sigilo profissional.

[16] Exposição de Motivos da Lei das S.A. (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. cit. p. 239).

[17] Essa estrutura de capital tem se verificado no Brasil, principalmente a partir da criação do segmento de listagem da BM&FBOVESPA denominado Novo Mercado.

[18] A esse respeito, Modesto Carvalhosa: "A representação de acionistas por administradores (...) insere-se no sistema inaugurado pela Lei n. 6.404, de 1976, quando o legislador, com grande antecipação, previu a futura dissociação entre propriedade e voto, do que decorre a dissociação entre propriedade e o comando da companhia, entre risco de capital e domínio da sociedade pelos que não têm (os seus administradores). Dessa forma, o legislador de 1976, ao mesmo tempo que instituiu o regime de controle (art. 116), visualizou o seu gradativo desaparecimento, mediante a implantação do sistema de Corporation na prática societária brasileira, ou seja, o surgimento de companhias com capital disperso, do que resulta o comando autônomo pelos seus administradores". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. II, p. 872-873.

[19] Art. 126 (...)

regulamentar o pedido público de procuração para representação em assembleias[20] que, como se sabe, pode ser formulado por administradores. De qualquer forma, ainda no intuito de evitar situação de conflito de interesses, a Lei das S.A. proibiu no § 1º de seu art. 134[21] que o administrador vote, inclusive como procurador, na deliberação sobre a aprovação de suas contas, e demais documentos relacionados à assembleia geral ordinária.

A ampliação do rol de representantes foi de grande importância, pois facilitou a outorga de procuração e, consequentemente, o acesso à assembleia, tornando a questão mais prática e compatível com a realidade. O acionista que não pode comparecer à reunião deixou de ter que recorrer a outro acionista, podendo outorgar procuração a advogado de sua confiança, ou a membros da administração, que podem ser de mais fácil acesso.

A lei inovou, também, ao introduzir a segunda parte do §1° do art. 126. Desta forma, na assembleia de companhia aberta, o acionista poderá ser representado por instituição financeira, cabendo também ao administrador de carteira de valores mobiliários representar o fundo de investimento pelo qual é responsável.

---

§ 2º O pedido de procuração, mediante correspondência, ou anúncio publicado, sem prejuízo da regulamentação que, sobre o assunto vier a baixar a Comissão de Valores Mobiliários, deverá satisfazer aos seguintes requisitos:

a) conter todos os elementos informativos necessários ao exercício do voto pedido;

b) facultar ao acionista o exercício de voto contrário à decisão com indicação de outro procurador para o exercício desse voto;

c) ser dirigido a todos os titulares de ações cujos endereços constem da companhia.

[20] Através da Instrução CVM nº 481, de 17 de dezembro de 2009.

[21] Art. 134 (...)

§ 1° Os administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembléia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas, mas os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, os documentos referidos neste artigo.

Sobre a representação por instituições financeiras, apesar de não estar expresso na Lei das S.A. e, portanto, não existir restrições sobre o gênero, sua Exposição de Motivos deixa claro que a lei quis referir-se às instituições "custodiárias de títulos no mercado"[22]. A inovação gerou, inicialmente, o temor de que o serviço de custódia fosse utilizado para dominar as companhias cujas ações eram de titularidade de seus clientes[23]. No entanto, "o tempo decorrido de 1976 para cá mostrou que esses temores eram completamente infundados – a novidade só colaborou para propiciar maior afluxo de acionistas às Assembléias"[24].

No que tange à representação dos fundos de investimento[25], é pacífico que tanto os administradores quanto os gestores do fundo[26]

[22] LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. cit. p. 239.

[23] Fábio Konder Comparato relata que "a partir do término da Primeira Guerra Mundial, os bancos alemães desenvolveram uma técnica especializada de representação de sua clientela em assembleias de companhias, procurando, antes de tudo, preservar o sigilo do mandato. Admitiu-se, assim, que o banco administrador de valores mobiliários promovesse o registro, em seu nome, nos livros da companhia emitente, das ações nominativas pertencentes a seus clientes, e passasse, por conseguinte, a votar como titular aparente dessas ações, e não somente como procurador. (...) De simples administradores de bens alheios, os bancos alemães passaram a atuar muita vez por interesse próprio, chegando a solicitar à clientela o depósito em custódia de ações das companhias cujo controle lhes interessava. Para tanto, ofereciam gratuitamente esse serviço, chegando mesmo a conceder vantagens ou preferências no financiamento desses clientes". COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 163-164.

[24] TEPEDINO, Ricardo. Assembleia Geral. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 929.

[25] Os fundos de investimento são comunhões de recursos, constituídas sob a forma de condomínio, destinadas à realização de aplicações em ativos financeiros O entendimento majoritário, inclusive adotado pela CVM, é de que são condomínio de natureza especial. Há, no entanto, diversas correntes a respeito da natureza dos fundos. Veja-se, a respeito, FREITAS, Ricardo de Santos. *Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 139-228.

[26] Ambas as figuras devem ser credenciadas perante a CVM como administradores de carteira de valores mobiliários, atualmente regulados pela Instrução CVM n° 306,

poderão representá-los em assembleia[27]. Como se verá a seguir, a representação do fundo de investimento, diferentemente das demais hipóteses de representação constantes do § 1° do art. 126 da Lei das S.A., que se tratam todas de representação convencional, aproxima-se mais da representação legal prevista no § 4° do mesmo dispositivo.

Além das formalidades quanto à qualidade do outorgado, a Lei das S.A. estabeleceu um requisito temporal para os instrumentos de mandato. Neste sentido, a procuração deverá ser renovada, de modo que o procurador seja constituído há menos de 1 ano da data de realização da assembleia geral.

Essa norma tem por objetivo "fazer com que o procurador não se perpetue na representação e ao mesmo tempo serve para chamar a atenção do acionista representado para os atos importantes da vida da sociedade"[28]. Dessa forma, ultrapassado o prazo legal, torna-se indispensável a renovação expressa do mandato, caso o acionista ainda deseje ser representado em futuras assembleias[29].

---

de 5 de maio de 1999, em processo de revisão pela Autarquia através do Edital de Audiência Pública SDM n° 14/11.

[27] Eventuais dúvidas que existiam a respeito da possibilidade de representação de fundos de investimento por seus gestores foram completamente dirimidas com a inclusão do inciso II no § 2° do art. 56 da Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004, pela Instrução CVM nº 522, de 8 de maio de 2012. Lembre-se, apenas, que os poderes de representação dos gestores não são gerais. Nos termos do referido § 2° do art. 56, podem os gestores (i) "negociar, em nome do fundo de investimento, os ativos financeiros do fundo"; e (ii) "exercer o direito de voto decorrente dos ativos financeiros detidos pelo fundo, realizando todas as demais ações necessárias para tal exercício, observado o disposto na política de voto do fundo".

[28] MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 458.

[29] Veja-se, contudo, que a Lei das S.A. previu uma exceção ao limite temporal determinado pelo § 1º do art. 126. Quando outorgada nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembleia geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, a procuração poderá prever prazo superior, como dispõe o § 7º do art. 118.

2. OS TIPOS DE REPRESENTAÇÃO

A Lei das S.A., assim como o Decreto nº 2.627/1940, estabeleceu dois tipos possíveis de representação dos acionistas em assembleia gerais – a representação convencional (ou voluntária), e a representação legal.

2.1. A REPRESENTAÇÃO LEGAL

A representação legal, como o próprio nome diz, se dá quando a outorga de poderes decorre de exigência da lei, ou seja, "[c]onfere a lei a alguém o poder de representar, mercê da posição que ele ocupa. (...) O poder de representação legal está regulado de maneira casuística e foi conferido a certas pessoas, em função de sua especial situação ou de determinado instituto jurídico"[30].

Exemplificativamente, são representantes legais os pais de menor impúbere, o tutor, o curador, o inventariante[31], o liquidante, diretores de pessoas jurídicas nomeados no contrato social ou na forma de seu estatuto social, bem como todo e qualquer administrador de bens de terceiros, inclusive de fundos de investimento[32].

Desse modo, como enuncia o § 4º do art. 126[33], os representantes legais poderão, independentemente da qualidade que

[30] DE-MATTIA, Fábio Maria. *Aparência de Representação*. São Paulo: Gaetano Didenedetto, 1999. p. 18.

[31] Discutia-se a possibilidade de o inventariante votar em nome do espólio. A esse respeito, a CVM emitiu o Parecer CVM/SJU nº 013/1987 no qual firmou entendimento de que "O inventariante tem a representação legal do espólio, e não necessita de alvará para comparecer ou votar em AGE. Seus poderes decorrem do art. 126, § 4º da Lei n 6.404/76, combinado com o artigo 1, inciso I do CPC; e seus limites são os do artigo 992 do mesmo Código de Processo Civil". Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no REsp nº 149.802 que até que se ultime a partilha toca ao inventariante e não aos herdeiros, participar de assembleia geral em nome do espólio.

[32] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, p. 617-618.

[33] Art. 126 (...)

ostentem, comparecer às assembleias com o objetivo de representar os acionistas. Deverão, para tanto, apresentar documentação que demonstre que possuem os poderes para figurar como representantes legais dos respectivos acionistas, não precisando de instrumento de mandato para tanto.

Especificamente com relação à representação de pessoas jurídicas, estas precisam manifestar sua vontade por meio de seus representantes legais[34]. Para as sociedades, devem ser observadas as regras de representação referentes ao tipo específico. É nesse sentido que Pontes de Miranda afirma que, na verdade, os administradores nomeados no contrato ou estatuto social da pessoa jurídica não a representam, mas "presentam-na", visto que não há uma duplicidade de vontades[35]. Os representantes da pessoa jurídica atuam, portanto, como um órgão seu, dando-lhe voz.

Já a representação do fundo de investimento por seu administrador ou gestor consiste em uma hipótese de representação legal, apesar de prevista no § 1° do art. 126 da Lei das S.A. Neste sentido, não se faz necessária a apresentação de instrumento de mandato, mas apenas do regulamento do fundo, para que seu administrador ou gestor possa comparecer e representá-lo na assembleia. É também como entende Nelson Eizirik[36]:

> O fundo de investimento é gerido na forma de condomínio entre os seus quotistas e cabe ao administrador do fundo a sua gestão. Tendo em vista tratar-se da administração de bens de terceiros, o gestor não é mandatário dos quotistas, mas seu representante

---

§ 4º Têm a qualidade para comparecer à assembléia os representantes legais dos acionistas.

[34] Nos termos do art. 47 do Código Civil, "[o]brigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo".

[35] MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo XLIX, p. 113-114.

[36] EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II, p. 81.

> legal. Ou seja, trata-se da hipótese regulada no § 4º deste artigo.

Por fim, caso o representante legal de um acionista não possa comparecer à assembleia geral, não há dúvidas de que poderá ser outorgada procuração para que um mandatário represente o acionista. A qualificação necessária para tal mandatário, contudo, é o cerne da questão discutida no Processo 2014/3578, que será examinada a seguir.

2.2. A REPRESENTAÇÃO CONVENCIONAL

A representação convencional, também designada voluntária, é definida como "a investidura de poderes para que alguém possa, voluntariamente, agir em nome de outra pessoa capaz, que outorga esses poderes"[37]. Por sua vez, ela pode apresentar diversas formas, dentre elas, o mandato[38] – espécie que interessa para a análise do § 1º do art. 126 da Lei das S.A.

O mandato é previsto nos arts. 653 a 691 do Código Civil e, como espécie de representação convencional, caracteriza-se como uma relação contratual em que o mandatário (representante) pratica atos, em nome do mandante (representado), adquirindo direitos e assumindo obrigações que repercutem na esfera jurídica do mandante. Comumente, ele se materializa na procuração, e é ela que lhe serve de instrumento[39].

---

[37] PONTES, Evandro Fernandes de. Pedido Público de Procuração (Notas sobre a Representação em Assembleias Gerais de Companhias Abertas no Brasil). In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 333.

[38] Segundo Caio Mário da Silva Pereira, "o Código Civil brasileiro de 2002 dedicou um capítulo especial à representação, na sua Parte Geral, arts. 115 a 120, pondo fim ao equívoco de alguns de aliar sempre aquela idéia à de mandato, o que não é exato, de vez que este é apenas uma das formas daquela (...)". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 397.

[39] Ibid. p. 402.

Nos termos do § 1º do art. 126 da Lei das S.A., os acionistas poderão outorgar mandato para representação em assembleia geral. Como visto, nesse caso, os procuradores deverão ser acionistas, administradores da companhia ou advogados.

A representação por instituição financeira, por sua vez, permitida em caso de companhia aberta, é considerada também representação convencional.

O direito brasileiro admite a outorga de procuração em branco, na qual são conferidos poderes gerais ao mandatário para que represente o mandante nas assembleias das companhias em que é acionista, sem que, necessariamente, o mandatário esteja previamente instruído sobre como votar[40]. Assim, "[e]xiste, tão-somente, uma delegação de confiança da parte do mandante para o mandatário, que a lei admite"[41].

Por óbvio, poderá o mandato também referir-se a apenas uma assembleia e determinar expressamente a orientação de voto que o procurador deverá seguir – denominado, nesse caso, mandato imperativo[42] –, ou que poderá votar apenas em determinadas matérias da ordem do dia, devendo abster-se em outras.

Ressalte-se, por fim, que o simples comparecimento do acionista não implica a revogação tácita do mandato, mas, nesse caso, ele afasta a possibilidade de exercício dos poderes conferidos na procuração naquela reunião. O procurador pode, assim, comparecer às assembleias seguintes utilizando-se do mesmo instrumento, desde que observado o limite temporal.

---

[40] A procuração em branco, no entanto, não é permitida em casos de pedido público de procuração, previsto no § 2º do art. 126 da Lei das S.A, conforme previsto no art. 24 da Instrução CVM nº 481, de 17 de dezembro de 2009, que regula a matéria.

[41] TEPEDINO, Ricardo. Op. cit. p. 931.

[42] VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. cit. p. 102.

3. O PROCESSO CVM RJ N° 2014/3578

Há, como se sabe, dois tipos de processos na CVM: os processos não-sancionadores[43], e os processos sancionadores[44]. Em geral, os processos não-sancionadores, como o Processo 2014/3578, têm origem em consultas ou reclamações direcionadas à CVM, tendo como base legal o art. 13 da Lei n° 6.385, de 7 de dezembro de 1976. O pleito externo é encaminhado diretamente para a área técnica da Autarquia e, do posicionamento manifestado por meio de decisão do Superintendente responsável, em geral após ouvida a Procuradoria Federal Especializada ("PFE"), caberá recurso do interessado ao Colegiado da CVM[45]. As decisões proferidas pelo Colegiado vinculam a administração pública quanto à opinião proferida naquele caso específico, não havendo a possibilidade de revisão das decisões através de recursos administrativos[46]-[47].

3.1. O POSICIONAMENTO DA ÁREA TÉCNICA DA CVM

O Processo 2014/3578, em síntese, originou-se de reclamação apresentada pela Modal Asset Management Ltda. ("Modal"), administradora de carteira de títulos e valores mobiliários, que questionou os procedimentos adotados pela Brookfield Incorporações S.A. ("Brookfield") em assembleia geral extraordinária ("AGE"), que

[43] Sobre o tema, veja-se EIZIRIK, Nelson; GALL, Ariádna B.; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais*: Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 274-276.

[44] Sobre o tema, veja-se SANTOS, Alexandre Pinheiro; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais*: Regime Sancionador. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 183-240.

[45] Tal procedimento é regulado pela Deliberação CVM n° 463, de 25 de julho de 2003.

[46] O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional só aprecia recursos de decisões proferidas no âmbito de processos administrativos sancionadores.

[47] EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Op. cit. p. 274-275.

resultaram no impedimento da participação do acionista Modal Phoenix Fundo de Investimento Multimercado ("Fundo"), gerido pela Modal.

Para participar da assembleia, os representantes legais da Modal, – pessoa jurídica responsável pela gestão do Fundo e, como visto, legitimada a representá-lo por tal qualificação – indicados em seu contrato social, outorgaram procuração para que empregado da gestora, integrante de sua equipe de análise, representasse o Fundo na AGE.

Ocorre que o outorgado era economista, sendo impedido pela Brookfield de participar da AGE, por entender que o mandatário não possuía legitimidade para a representar o Fundo nos termos do § 1° do art. 126 da Lei das S.A., tendo em vista não ser advogado, acionista ou administrador da Brookfield.

Em sua reclamação, no que interessa para a presente análise, a Modal argumentou que a procuração outorgada "não implica na participação de uma pessoa que não seja acionista, como busca a lei repelir. Ela apenas regula a representação de uma pessoa jurídica que, na qualidade de representante legal do acionista – um fundo de investimento – tem o direito legítimo de comparecer à reunião"[48].

Em resposta, a Brookfield expressou discordância com o entendimento da Modal e manifestou-se no sentido de que, nos termos do art. 126 da Lei das S.A., o Fundo poderia ser representado pelo próprio gestor do fundo, nos termos de seu contrato social, ou, alternativamente, mediante outorga de procuração para (i) outro acionista, (ii) administrador da companhia, ou (iii) advogado.

Naquele caso específico, tendo em vista que o analista da Modal não era seu representante legal (inclusive porque se o fosse, não haveria necessidade de outorga de mandato, bastando apresentar o contrato social), tampouco ostentava a qualidade de acionista, administrador da Brookfield ou advogado, a Brookfield entendeu que

[48] Autos do Processo CVM nº 2014/3578, fls. 3.

a sua participação deveria ser impedida, em cumprimento das formalidades previstas em lei.

Em seguida, o Processo 2014/3578 foi encaminhado à PFE, que, por sua vez, concluiu que o empregado da Modal ao qual foi outorgada a procuração não poderia ser mandatário do Fundo por ela gerido na AGE. Isso porque, ainda que as regras gerais de representação de pessoa jurídica previstas no Código Civil permitam a outorga de mandato por representante legal, sem estabelecer quaisquer restrições, a norma do art. 126, § 1º da Lei das S.A. é específica e, portanto, deve prevalecer.

Isto é, sendo norma específica para a representação em assembleia, a exigência de qualidade especial ao mandatário contida na primeira parte do § 1º do art. 126 da Lei das S.A. deve ser observada, de modo que o procurador do acionista deverá ser outro acionista, administrador da companhia ou advogado.

A Superintendência de Relações com Empresas – SEP, por sua vez, manifestou sua concordância com o entendimento da PFE, o que levou a Modal a apresentar recurso para o Colegiado da Autarquia. Neste sentido, segundo a Modal, a representação de fundos de investimento por meio de sua gestora seria um hipótese de representação legal, e não de representação convencional. Por sua vez, sendo a Modal uma pessoa jurídica, sua representação deveria ser feita na forma do art. 46, inciso III e art. 47 do Código Civil[49], cabendo ao seu ato constitutivo indicar a forma de representação. Consequentemente, os artigos 1.018 do Código Civil[50] e 144 da Lei

[49] Art. 46. O registro declarará: (...)

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.

(...)

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

[50] Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

das S.A.[51] permitem a outorga de procuração por administradores para a prática de atos específicos.

Nessa linha, a Modal argumenta que "a outorga de procurações para a prática de atos específicos por seus funcionários não deve ser interpretada de acordo com as restrições impostas pelo parágrafo primeiro, do artigo 126, da Lei 6.404/76"[52].

Segundo seu entendimento, a lei visou a restringir a participação de pessoas aleatórias que pudessem tomar parte nas deliberações sociais. Portanto, "um integrante da equipe de investimento (...) teria plena capacidade e interesse em participar das assembleias de acionistas"[53], e restringir sua participação atrapalharia a prestação de um serviço de gestão diligente.

A despeito da Gerência de Acompanhamento de Empresas 3 – GEA 3 da CVM ter acatado os argumentos da Modal, a PFE e o Superintendente de Relações com Empresas mantiveram entendimento contrário. Neste cenário, a manifestação da Modal foi encaminhada para decisão do Colegiado da Autarquia.

3.2. A DECISÃO DO COLEGIADO

Ao examinar a reclamação, a Diretora da CVM Ana Dolores Moura de Carneiro Novaes[54], relatora do Processo 2014/3578 no Colegiado, alertou inicialmente que não haveria discussão sobre a

[51] Art. 144. No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

Parágrafo Único. Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado.

[52] Autos do Processo CVM nº 2014/3578, fls. 79.

[53] Autos do Processo CVM nº 2014/3578, fls. 80.

[54] O mandato da Diretora Ana Dolores Moura de Carneiro Novaes na CVM encerrou-se em dezembro de 2014.

possibilidade de o gestor exercer o direito de voto em nome do Fundo, visto que a questão já era pacífica. Na realidade, o debate seria a respeito da correta representação da sociedade gestora do Fundo na AGE. A Diretora, em seguida, analisou a evolução legislativa do art. 126 da Lei das S.A., a fim de alcançar conclusão sobre a representação em assembleia.

Com efeito, entendeu que a exigência de qualidade especial aos procuradores de acionistas (acionista, administrador da companhia ou advogado) seria aplicável apenas à delegação de poderes de representação feita por pessoas físicas. Portanto, a seu ver, as pessoas jurídicas poderiam se fazer representar tanto por meio de seus representantes legais, quanto por meio de mandatários constituídos de acordo com os atos constitutivos da sociedade e com as regras do Código Civil, não sendo necessário que os mandatários ostentassem as qualidades especiais do § 1º do art. 126 da Lei das S.A.

Dessa forma, separou o dispositivo em questão em duas partes: (i) a primeira parte ("[o] acionista pode ser representado na assembléia-geral por procurador (...) que seja acionista, administrador da companhia ou advogado), que exige a qualificação especial de procurador de acionista, referir-se-ia apenas a pessoas físicas; enquanto que (ii) a segunda parte ("na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos") trataria da representação pela pessoa jurídica do administrador ou da instituição financeira, não sendo mais aquela prevista na primeira parte do dispositivo.

Assim, para a Diretora Relatora, o § 1º do art. 126 da Lei das S.A. não trataria a representação por procuração de acionistas pessoa física e pessoa jurídica em assembleia da mesma forma. Enquanto o procurador de acionista pessoa física deveria obedecer a determinados requisitos (ser acionista, administrador da companhia ou advogado), o procurador de acionista pessoa jurídica deveria obedecer à regra geral de representação constante no Código Civil, e no ato constitutivo da pessoa jurídica. No silêncio de seus atos constitutivos, os

administradores poderiam praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade acionista ou representante legal do acionista, como no caso do gestor (art. 1.015 do Código Civil[55]), autorizando, por sua vez, o art. 1.018 do Código Civil[56] que os administradores constituam mandatários da sociedade.

Para a Diretora Relatora, "interpretar de forma diferente seria cair na contradição de que dois indivíduos igualmente capacitados juridicamente para representar a mesma pessoa jurídica – o seu representante legal e o seu mandatário legalmente constituído – exigiriam qualidades subjetivas diferentes do indivíduo: o primeiro poderia ter qualquer formação, enquanto o segundo teria que ser advogado, administrador ou acionista" [57].

Portanto, a seu ver, a representação do Fundo na AGE por analista de seu gestor, com poderes delegados por meio de instrumento de mandato outorgado nos termos dos atos constitutivos da sociedade gestora, e em observância às regras do Código Civil, estaria correta, ainda que o empregado não fosse advogado, acionista ou administrador da Brookfield.

Ao final de seu voto, a Diretora Ana Dolores Moura de Carneiro Novaes indicou que, nos termos do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999[58], a interpretação do Colegiado a

[55] Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

[56] Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

[57] Autos do Processo CVM nº 2014/3578, fls. 115.

[58] Art. 2º (...)

Parágrafo Único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

respeito do tema deveria ser adotada por todas as companhias em suas assembleias a partir da publicação da decisão[59].

O Colegiado acompanhou na íntegra e por unanimidade o voto apresentado pela Relatora.

4. COMENTÁRIOS SOBRE O CASO ESPECÍFICO

Como visto, a discussão inicial sobre a possibilidade de um fundo de investimento ser representado como acionista em assembleia por empregado de seu gestor, foi ampliada para analisar se o acionista pessoa jurídica, o administrador ou gestor de um fundo de investimento ou a instituição financeira mandatária poderiam outorgar poderes de representação do acionista para terceiro que não fosse advogado, administrador da companhia ou acionista.

Não há dúvidas de que, sob uma ótica inicial, a decisão do Colegiado da CVM está em conformidade com uma série de medidas que a Autarquia vem adotando para incentivar a adesão dos acionistas às assembleias gerais[60]. Além de facilitar o acesso, a CVM tenta

[59] A esse respeito, o então Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, Marcelo Trindade, em manifestação de voto no âmbito dos Processos CVM nº RJ2004/4558, RJ2004/4559, RJ2004/4569 e RJ2004/4583 j. em 21.09.2004, ressalta que tal regra decorre da adoção do princípio da segurança jurídica: "(...) se estivermos determinados a aplicar uma nova interpretação, somente podemos fazê-lo para os novos casos, em prol da segurança jurídica. E bom que assim seja. Diante de uma decisão heterodoxa, mesmo o vitorioso temerá, pois amanhã pode ser ele a vítima das guinadas de procedimento ou interpretação. Isto, em mercado de capitais – cuja integridade lato sensu cumpre à CVM proteger – significa insegurança, e portanto custo e fuga dos investidores de longo prazo, para quem a certeza quanto às regras vale tanto, ou mais, quanto as próprias regras".

[60] Como mencionado na nota de rodapé nº 4, a CVM recentemente colocou em audiência pública, por meio do Edital de Audiência Pública SDM Nº 09/2014, proposta de minuta de instrução alteradora da Instrução CVM nº 481, de 17 de dezembro de 2009 para regular a possibilidade de participação e votação a distância em assembleias gerais. Ainda como exemplo, também a fim de facilitar o acesso em assembleia, a CVM expressamente permitiu no art. 5º, §§ 1º e 2º que a companhia pode solicitar o depósito prévio dos documentos mencionados no anúncio de convocação, se o estatuto o exigir, mas determinou que o acionista que comparecer à

contribuir para a redução de custos, e de certas burocracias existentes para a representação em assembleia, tanto do ponto de vista da companhia, quanto do acionista. Resta claro, ademais, que determinados procuradores, como parece ser o caso do Processo 2014/3578, tratam-se das pessoas mais qualificadas para debater alguns assuntos da assembleia, por conta de conhecimentos técnicos que podem, por exemplo, escapar aos advogados.

Contudo, a despeito de tais benefícios, surgem dúvidas acerca da extensão da interpretação atribuída pela CVM ao § 1º do art. 126 da Lei das S.A., diferenciando o tratamento da representação convencional de acionistas pessoas físicas e jurídicas em assembleia geral.

É evidente que os acionistas podem ser representados em assembleias gerais por seus procuradores. Como visto, tal faculdade existe na lei desde 1882. Com efeito, a representação nestes casos opera-se através de mandato, contrato típico previsto nos arts. 653 a 692 do Código Civil, tendo a procuração como seu instrumento.

No que tange às pessoas físicas, não há maiores dúvidas sobre a possibilidade de representação por outros acionistas, administradores da companhia, advogados ou, no caso de companhias abertas, por instituições financeiras.

Especificamente com relação às pessoas jurídicas, como visto, o § 4º do art. 126 da Lei das S.A. prevê a possibilidade de serem representadas em assembleia por seus representantes legais. A representação legal decorre da indicação de pessoas físicas nos documentos societários da pessoa jurídica com poderes especiais, conforme disposto no art. 46, inciso III e no art. 47 do Código Civil[61].

---

assembleia munido dos documentos exigidos pode participar e votar, ainda que tenha deixado de depositá-los previamente.

[61] Art. 46. O registro declarará: (...)

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.

(...)

A delegação de poderes pelo representante legal da pessoa jurídica deverá, por sua vez, obedecer às regras do tipo societário do outorgante, sendo a sociedade anônima e a sociedade limitada os tipos societários escolhidos para a análise que será realizada.

Assim, a representação da sociedade anônima cabe a seus diretores (art. 138, § 1º da Lei das S.A.[62]), e a outorga de mandato deverá obedecer ao parágrafo único do art. 144 da Lei das S.A.[63]. Já a sociedade limitada é representada pelos administradores indicados em seu contrato social (art. 1.060, caput, do Código Civil[64]), e a outorga de mandato por administrador de sociedade limitada deverá, por força do disposto no caput do art. 1.053[65], observar as regras do art. 1.018 do Código[66].

As referidas normas constituem os comandos gerais para a outorga de procuração por representantes legais de sociedades anônimas e limitadas, respectivamente. No entanto, caso a outorga de

---

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

[62] Art. 138 (...)

§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

[63] Art. 144 (...)

Parágrafo único. Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado.

[64] Art. 1.060 A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

Parágrafo único. Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado.

[65] Art. 1.053 A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

[66] Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

poderes seja para a representação em assembleia geral de sociedade anônima, as formalidades da Lei das S.A. sobre o tema deverão prevalecer. Assim, da mesma forma que para os acionistas pessoas físicas, os procuradores dos acionistas pessoa jurídica deverão ostentar a qualidade de acionista, administrador da companhia ou advogado (ou instituição financeira, nas companhias abertas). Isso porque, não poderão as leis gerais de representação se sobreporem à lei especial que trata dos procedimentos para o ato específico.

São neste sentido as palavras de Nelson Eizirik[67]:

> A representação exercida pelos diretores de pessoas jurídicas decorre da lei e não de ato voluntário. As pessoas jurídicas, brasileiras e estrangeiras, são representadas nas assembleias gerais com fundamento no § 4º ou mediante procuradores constituídos de acordo com as regras do § 1º (...).

Ratificando tal entendimento, lembre-se que o próprio Código Civil também possui regras especiais para representação em assembleias gerais de sociedades limitadas. Neste sentido, dispõe o §1° do art. 1.074 do Código que o "sócio pode ser representado na assembleia por outro sócio, ou por advogado, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados (...)".

Observa-se, desta forma, que o Código Civil também criou regramento especial para a representação convencional em assembleias de sociedades limitadas, atribuindo certo formalismo para as reuniões, e reconhecendo que, em princípio, pessoas estranhas ao quadro de sócios não devem tomar parte das deliberações. Veja-se, inclusive, que a lei civil, ao tratar do tema foi ainda mais restritiva do que a Lei das S.A., permitindo a representação dos sócios nas assembleias de sociedades limitadas apenas por outro sócio, ou por advogado.

Assim, não seria possível, reconhecer que as pessoas jurídicas podem ser representadas em assembleias de sociedades limitadas, ou

[67] EIZIRIK, Nelson. Op. cit. p. 94-95.

de sociedades anônimas, observando-se apenas a regra geral do Código Civil. Inclusive porque, afastar o disposto no §1° do art. 126 da Lei das S.A. para as assembleias de sociedades anônimas, significaria também afastar a regra especial do §1° do art. 1.074 do Código Civil para as assembleias de sociedades limitadas, em prol das regras gerais de representação do próprio Código.

Observando ainda atentamente a redação do § 1º do art. 126 da Lei das S.A., infere-se que não houve a intenção do legislador de diferenciar a representação de sócios ou acionistas nas assembleias entre pessoas físicas e jurídicas:

> Art. 126 (...)
> § 1º O acionista pode ser representado na assembléia-geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.

Entender de forma diversa seria estabelecer um tratamento diferenciado aos acionistas pessoa jurídica, desonerando-os de certos custos de representação convencional em assembleia em detrimento dos acionistas pessoa física, que continuariam adstritos aos requisitos especiais constantes do comando do § 1º do art. 126.

Na verdade, ao que parece, a utilização do ponto e vírgula no comando legal pretendeu diferir o tratamento da representação em assembleias de companhias fechadas e abertas, ou seja, a instituição financeira não tem qualificação para representar o acionista na assembleia da companhia fechada[68]. Tal interpretação pode ser corroborada pela leitura do trecho da Exposição de Motivos que tratou do tema, inclusive porque o texto referiu-se à instituição financeira custodiária, sendo a custódia de ações serviço típico prestado às companhias abertas:

[68] TEPEDINO, Ricardo. Op. cit. p. 928.

> o § 1º do artigo 126 contém normas sobre representação na assembléia, exigindo mandato atualizado (menos de 1 ano) e admitindo como mandatários não acionistas o advogado (para que possa representar seu cliente sem o formalismo da transferência de umas poucas ações para o seu nome), o administrador (como instrumento para manter a estabilidade da administração das companhias com capital pulverizado entre muitos acionistas), e, nas companhias abertas, as instituições financeiras (custodiárias de títulos de investidores no mercado) e os administradores de fundos de investimento, que representam os condôminos; [69]

A representação de fundos de investimento, como já referido, estaria melhor posicionada no § 4º do art. 126 por tratar-se de hipótese de representação legal, e não no § 1º, que refere-se à representação convencional. Desta forma, tendo em vista que o administrador ou gestor do fundo é seu representante legal, e não mandatário, não restam dúvidas da possibilidade de sua representação em assembleias de companhias fechadas. Lembre-se, neste sentido, dos fundos de investimento em participação[70], que investem tipicamente em companhias fechadas e, portanto, são representados nas assembleias das companhias investidas por seu administrador ou gestor. Entender de outra forma, "impediria, nas companhias fechadas, a participação do fundo nas Assembleias, o que, além de contrário à razão, como se viu, constituiria uma dissintonia com a natureza jurídica de um fundo de investimento" [71].

Assim, conclui-se que para a correta representação convencional em assembleia geral de sociedade anônima, é necessária a observância do §1° do art. 126 da Lei das S.A., que se sobreporá a qualquer norma geral, visto que constitui regra especial sobre o tema. Afinal, sendo o objetivo almejado a representação em assembleia

[69] LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. cit. p. 239.

[70] Regulados pela Instrução CVM nº 391/2004.

[71] TEPEDINO, Ricardo. Op. cit. p. 928.

geral de sociedade anônima, as regras especiais sobre as formalidades atinentes às assembleias de tais tipos societários deverão ser sempre aplicadas.

Portanto, nos termos da Lei das S.A., os acionistas pessoa física poderão ser representados por outro acionista, administrador da companhia ou advogado e, nas assembleias de companhias abertas, por instituições financeiras. Já os acionistas pessoa jurídica deverão ser representados de acordo com as regras gerais de representação de seu tipo societário – por seus representantes legais – e, caso seja necessária a outorga de mandato, deverão ser representados sempre por pessoas que possuam as qualidades especiais previstas no § 1º do art. 126 – devendo ser outro acionista, administrador da companhia ou advogado e, nas companhias abertas, instituições financeiras.

Neste cenário, quando administradores ou gestores de fundos de investimento desejarem outorgar mandato para a representação do fundo por terceiro em assembleia, o mandatário deverá observar os requisitos especiais constantes do § 1º do art. 126 da Lei das S.A. Se o administrador ou gestor forem pessoa física, a outorga do mandato será feita diretamente por eles. Sendo, no entanto, pessoa jurídica, o representante legal, com os poderes conferidos pelo contrato social, estando impossibilitado de comparecer à assembleia, deverá outorgar o mandato a terceiro que seja acionista, administrador da companhia, advogado, ou instituição financeira, no caso de companhia aberta.

A representação correta dos acionistas em assembleia é fundamental, pois eventual vício de representação pode, inclusive, acarretar um vício na assembleia, caso a participação do acionista representado incorretamente tenha sido determinante para a instalação da reunião ou aprovação de determinado item da ordem do dia. Isso porque, indevidamente representado, o acionista sequer será considerado presente na reunião. Logo, as consequências serão

relevantes, pois a sua participação não será computada para fins de alcance de quóruns legais ou estatutários[72].

A representação do acionista nos exatos termos da Lei das S.A., portanto, é essencial para que haja a correta formação da vontade social.

CONCLUSÃO

Como visto, a representação de acionistas em assembleia geral é tema controverso, tendo o seu exame, inclusive, gerado debates dentro da própria CVM.

Conforme exposto no presente artigo, a assembleia é marcada essencialmente por seu formalismo, estabelecendo a lei regras rígidas que devem ser seguidas, sob pena de questionamento da deliberação tomada. A representação em assembleia é uma dessas regras e, tanto a análise da evolução das normas de representação na Lei das S.A., quanto o exame de tais regras conjuntamente com as disposições do Código Civil, não sugerem que houve o interesse do legislador na diferenciação de requisitos para a representação de acionistas pessoa física e jurídica.

Neste cenário, a despeito do mérito existente na tentativa da Autarquia de facilitar o acesso de acionistas às assembleias gerais, teme-se, como analisado ao longo do presente texto, que a decisão proferida pelo Colegiado da CVM tenha ampliado demasiadamente a representação das pessoas jurídicas ao permitir que seu mandatário não tenha a qualidade de advogado, administrador ou acionista da companhia. Afinal, como visto, os requisitos especiais exigidos pelo § 1º do art. 126 da Lei das S.A. devem ser observados indistintamente pelas pessoas físicas e pessoas jurídicas, sob pena dos referidos vícios da assembleia.

[72] "Tem-se, assim, que a assembléia que se realizar com infringência das normas legais ou estatutárias de convocação ou instalação será, em princípio, anulável". FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 90.

De qualquer forma, é relevante que uma companhia incentive a participação de seus acionistas nas assembleias gerais. Assim, tendo em vista que, em geral, as companhias exigem que os documentos de representação para a assembleia sejam previamente depositados pelos acionistas em sua sede, nada impede que, recebendo antecipadamente algum documento irregular, a companhia informe a irregularidade ao respectivo acionista, para que este possa regularizar a sua representação e participar da reunião adequadamente.

Cabe, por fim, uma análise crítica das disposições do art. 126 da Lei das S.A., que poderiam refletir mais claramente as hipóteses de representação dos acionistas. Buscando-se a melhor técnica legislativa, a representação legal na lei (§ 4°) deveria anteceder a representação convencional (§ 1°), de forma que fosse disposta em estrutura mais lógica e conexa a representação legal e convencional dos acionistas. Ademais, a representação do fundo de investimento por seu administrador encontra-se, atualmente, no dispositivo que trata da representação convencional enquanto, em prol da sistematização e clareza, deveria estar no dispositivo que trata da representação legal.

Por fim, caso a vontade do legislador fosse separar os requisitos para a representação de acionistas pessoa física e pessoa jurídica, tal diferenciação deveria constar expressamente do texto legal. Entretanto, como visto, não parece ter sido essa a intenção, mas sim diferenciar requisitos para as assembleias das companhias fechadas e abertas.

PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E ATIVISMO JUDICIAL: BREVES NOTAS SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA[1]

MAINTENANCE OF THE FIRM AND JUDICIAL ACTIVISM: BRIEF NOTES ABOUT THE BRAZILIAN EXPERIENCE

Carlos Martins Neto

Resumo: Este trabalho tem como objetivo demonstrar o acentuado ativismo judicial presente em decisões de tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça que, muitas das vezes se distanciam de uma interpretação técnica do texto legal sob o fundamento do princípio da preservação da empresa. Para tanto, será analisada a origem do instituto da preservação da empresa, que decorre do princípio constitucional da função social da propriedade e os fundamentos que informaram o processo legislativo que resultou na Lei n° 11.101/2005. Na sequência, serão comentados julgados de matéria recuperacional que evidenciam ativismo judicial por parte dos julgadores. Por fim, serão apresentadas conclusões a respeito da análise implementada ao longo do trabalho.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Preservação da Empresa. Política Pública. Ativismo Judicial.

Abstract: The aim of this paper is expose the accentuated judicial activism implemented, present in decisions pronounced by the some Brazilian State Courts and also the "Superior Tribunal de Justiça" (the Supreme Court that judges cases that involves federal law non related to constitutional issues) often distances themselves from the technical interpretation of the legal text when based on the principle of "maintenance of the firm". Thus, this work shall also analyze the origin of this principle, which derives from the

[1] Artigo recebido em 21.02.2015 e aceito em 04.03.2015.

constitutional principle of the social function of property. The foundation of this principle also encounters grounds on which have informed the legislative process that resulted in the Law no. 11.101 of 2005. Furthermore, the decisions in the field of judicial reorganization, which frequently account as the substantiation of judicial activism, will be examined. At last, the closure will be in respect to the analysis developed throughout this work.

Keywords: Business Law. Judicial Reorganization. Maintenance of the firm. Public Policy. Judicial Activism.

Sumário: I. Introdução. II. Da função social da propriedade ao princípio da preservação da empresa. III. Preservação da empresa e ativismo judicial. III.1. Prorrogação do prazo (improrrogável!) de 180 dias de suspensão das ações e execuções do devedor cujo processamento da recuperação judicial foi deferido. III.2. Dispensa da apresentação das certidões exigidas pelo art. 57 da Lei n° 11.101/2005. IV. Conclusão.

I. Introdução.

No cenário brasileiro, desde o período da dominação portuguesa até a entrada em vigor da Lei n° 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, os institutos jurídicos destinados a solucionar a crise financeira do empresário não alcançaram seu objetivo da maneira desejada. Seja em razão de não cumprir o seu papel adequadamente (solucionar a crise, de forma que o empresário retornasse ao mercado),

seja em razão das fraudes que possibilitavam, o instituto da concordata era visto com descrédito e até mesmo com preconceito[2].

O último normativo a disciplinar a falência anteriormente à lei atual (Lei n° 11.101/2005) foi o Decreto-Lei n° 7.662/45, cuja concordata nele prevista consistia em verdadeiro favor legal concedido pelo Estado aos devedores, o que desgastou demasiadamente o instituto.

Da edição do Decreto-Lei n° 7.662/45 à Lei n° 11.101/2005, muitos fatos importantes ocorreram na história do Brasil. Saiu-se do regime de exceção do Estado Novo (1937-1945) e, após breve período democrático (1945-1964), caiu-se uma vez mais no autoritarismo, dessa vez da Ditadura Militar (1964-1985). No processo de redemocratização, foi convocada a assembleia nacional constituinte que aprovou o texto da Constituição Federal de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã", que possui pleno vigor nos dias atuais, tendo sido pontualmente reformada por 77 (setenta e sete) emendas até 11 de fevereiro de 2014.

A nova carta política estabeleceu que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da livre concorrência.

No âmbito das relações patrimoniais privadas, a empresa, como atividade organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, ocupa lugar destaque, sobretudo no que respeita às relações econômicas, tendo a teoria da empresa sido consagrada pelo Código Civil de 2002. Assim, em leitura à luz de valores constitucionais, o princípio da função social da propriedade acaba derivando o princípio

[2] Importante esclarecer que no direito brasileiro propriamente dito, desde o Código Comercial de 1850 até o Decreto n° 5.746/1929, a concordata possuía um caráter contratual, na medida em que o devedor e seus credores transigiam a respeito do montante e da forma de pagamento dos créditos. A partir do Decreto-Lei n° 7.661/1945, a concordata ganhou a feição de "favor estatal" concedido por sentença judicial: ao se enquadrar nos critérios estabelecidos pela lei, o devedor fazia jus à concordata, que obrigava a todos seus credores quirografários.

da função social da empresa. E é justamente do princípio da função social da empresa que decorre o princípio que norteia a Lei n° 11.101: o da preservação da empresa[3].

Não há dúvidas que a nova lei, que substituiu o então sexagenário Decreto Lei n° 7.661/45, avançou ao abolir o instituto da concordata (preventiva e suspensiva) e introduzir no ordenamento jurídico pátrio as novas figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, tendo por eixo central a preservação das empresas economicamente viáveis[4].

Com efeito, a Lei n° 11.101/2005 logrou sistematizar comandos de direito processual e de direito material que visam, primordialmente, viabilizar a recuperação das empresas economicamente viáveis que estejam passando por uma crise e, caso tal recuperação não seja economicamente viável, colocar a falência como "último recurso"[5], para fins de promover a liquidação de forma célere e eficiente dessa empresa[6].

---

[3] PEREZ, Viviane. Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 206.

[4] O processo legislativo que resultou na Lei n° 11.101/2005 teve início na Câmara dos Deputados em 22.12.1993, com a apresentação do anteprojeto de lei pelo Poder Executivo (PL n° 4.371/1993). Após a tramitação e aprovação pela Câmara, o projeto de lei seguiu para o Senado em 23.10.2003 (PLC n° 71/2003), que o aprovou com substitutivo, devolvendo-o à Câmara em 12.07.2004. Em 14.12.2004 a Câmara dos Deputados aprovou a versão final do texto da nova lei e o enviou para a Sanção Presidencial em 17.12.2004, o que ocorreu em 09.02.2005, pouco mais de 11 (onze) anos após o início do processo legislativo, e com veto de 3 (três) dispositivos constantes do projeto aprovado pelo Poder Legislativo.

[5] A partir da vigência da Lei nº 11.101/2005 deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro a figura jurídica da "concordata suspensiva", de forma que uma vez decretada, em definitivo, a falência da empresa economicamente viável não há mais que se falar em sua recuperação.

[6] A respeito do processo legislativo que resultou na edição da Lei n° 11.101/2005, vale lembrar os 12 (doze) princípios adotados na análise do Projeto de Lei da Câmara n° 71/2003 e nas modificações propostas no substitutivo aprovado pelo Senado, conforme consignados no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, que teve a relatoria do Senador Ramez Tebet: (i) preservação da empresa; (ii) separação dos conceitos de empresa e empresário; (iii) recuperação das

Com o instituto da recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial, a solução para a crise empresarial deixou de consistir em favor legal concedido pelo Estado, mas retomou o conceito de negociação entre o devedor e os seus credores, sob um espírito de sacrifício coletivo para recuperação da empresa economicamente viável. No regime atual, o devedor deve apresentar seu plano de recuperação em juízo, para que os credores deliberem sua aprovação ou modificação (esta última somente com a concordância do devedor). Deve-se destacar que a nova lei alargou o rol de credores abrangidos pela recuperação judicial: além dos credores quirografários (únicos que sofriam os efeitos das concordadas da lei anterior), passaram a sofrer os efeitos da recuperação também os credores com garantia real e os privilegiados, ressalvadas as exceções previstas no art. 49, § 3°, da Lei n° 11.101[7]. No caso da recuperação extrajudicial, também deixam de sofrer seus efeitos os credores trabalhistas. Tanto a recuperação judicial quanto a extrajudicial não produzem efeitos sobre os créditos tributários[8].

---

sociedades e empresários recuperáveis; (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) proteção aos trabalhadores; (vi) redução do custo do crédito no Brasil; (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais; (viii) segurança jurídica; (ix) participação ativa dos credores; (x) maximização do valor dos ativos do falido; (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e (xii) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação.

[7] O referido dispositivo excepciona o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (inclusive em incorporações imobiliárias), ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, cujo crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. A lei ressalva, no entanto, que durante o prazo de suspensão das ações e execuções (pelo período máximo de 180 dias – art. 6°, § 4° da mesma lei), não é permitida a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

[8] O modelo brasileiro de recuperação judicial do empresário, a exemplo do que ocorreu com outros sistemas estrangeiros, teve forte influência do direito norte-americano, considerado avançado em matéria de saneamento empresarial. Nesse sentido, vige ainda hoje nos Estados Unidos o *Bankruptcy Code* de 1978, que tratou

A Lei n° 11.101 avançou, também, no sentido de projetar um processo célere e eficiente de recuperação judicial, visando possibilitar, assim, um ambiente adequado para que o devedor apresente seu plano de recuperação e os credores deliberem sobre sua aprovação (ou não) num curto espaço de tempo. Esse conceito de celeridade e eficiência foi endereçado por meio dos diversos prazos fixados de forma ordenada. Todavia, em razão da morosidade do Poder Judiciário que, excessivamente sobrecarregado, não consegue praticar os atos processuais em prazos razoáveis, a eficiência projetada pela lei acaba não se concretizando na prática[9].

Passados já nove anos desde a edição da lei de 2005, tem-se notado um forte ativismo judicial por parte dos julgadores, no sentido de fazer valer a preservação da empresa quase que a qualquer custo. Nessa linha, começa a causar perplexidade o distanciamento do conteúdo de diversas decisões judiciais (inclusive de tribunais

---

igualmente de duas modalidades procedimentais, nomeadamente o *bankruptcy liquidation* (Capítulo VII) e *bankruptcy reorganization* ou *reabilitation* (Capítulos XI, XII e XII). De acordo com as normas do *bankruptcy reorganization*, cabe ao devedor apresentar um plano mediante o qual propõe a seus credores o pagamento total ou parcial de suas dívidas durante um determinado período de tempo, que é geralmente de três anos. Caso o juízo da recuperação aprove o plano, os credores estarão a ele vinculados, independentemente de sua aprovação. O *Bankruptcy Reform Act* de 1994 trouxe medidas destinadas a agilizar os procedimentos referentes à recuperação empresarial, ao mesmo tempo em que estabelece medidas para resguardar determinados bens como a residência da família do devedor. O intuito de tais medidas foi incentivar o devedor a se valer do Capítulo XII do *Bankruptcy Code* para requerer a reorganização de suas dívidas, para tentar assim preservar a maioria de suas propriedades, caso isto fosse permitido pelas leis do Estado em que residisse o devedor. No ano de 2005, foi aprovado o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* que, ao tratar dos devedores pessoas físicas, incentiva que estes se valham dos procedimentos de reorganização do Capítulo XI do *Bankruptcy Act* a fim de renegociarem, ao menos, o pagamento parcial de suas dívidas.

[9] A respeito da concatenação dos prazos do processo de recuperação judicial e dos problemas decorrentes da morosidade do Poder Judiciário, v. MARTINS NETO, Carlos; BASTOS FILHO, Claudio Luiz de Miranda. O prazo de suspensão das ações e execuções no âmbito do processo de recuperação judicial: evolução da jurisprudência. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, n° 10, p. 67-103, jan./jun., 2012.

superiores) do que se esperaria de uma decisão técnica baseada no texto da lei. Não havendo viabilidade econômico-financeira para empresa em crise, impõe-se a imediata liquidação do patrimônio do devedor, para, com o seu resultado, promover a satisfação dos credores, segundo a ordem de pagamentos constante do artigo 83 da Lei.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, o presente trabalho discorrerá sobre a origem do instituto da preservação da empresa e os fundamentos que informaram o processo legislativo que resultou na Lei n° 11.101/2005. Na sequência, serão apresentados e comentados julgados que evidenciam o ativismo judicial que vem sendo implementado em processos de natureza recuperacional. Por fim, serão apresentadas conclusões a respeito da análise implementada ao longo do trabalho.

II. Da função social da propriedade ao princípio da preservação da empresa.

A Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem econômica, estabelece uma estrutura principiológica que deve ser observada no âmbito das relações públicas e privadas de natureza econômica. Assim, a ordem econômica, embasada em direitos sociais como o direito ao trabalho e à livre iniciativa visa, em última instância, proporcionar um funcionamento adequado da economia, que atenda aos valores protegidos pela Carta Política. O art. 170 da Constituição enumera os princípios que informam a ordem econômica. Veja-se:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;

> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O Art.5º da Constituição Federal, inserido na seção intitulada "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", reitera a função social da propriedade da seguinte forma:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Nessa linha, a ordem econômica, conforme prevista na Constituição, atende ao modelo do sistema capitalista de produção[10] ao prestigiar a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência. Todavia, no intuito de compatibilizar o pleno gozo da propriedade com outros valores por ela protegidos, a Constituição contemplou, dentre os princípios norteadores da ordem econômica, a função social da propriedade, que atua como um limitador do direito de propriedade, tendo em vista a ordem social.

Assim, nota-se uma evolução do conceito de propriedade em relação àquele defendido imediatamente após a Revolução Francesa. Para fins de demonstrar esse conceito antigo, sem limite, FABIO

[10] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição* de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 64.

KONDER COMPARATO transcreveu o art. XVIII do Projeto de Constituição Francesa elaborado em 1793 por Condorcet. Veja-se:

> *Le droit de propriété consiste em ce que tout homme est le maître de disposer à son gré de ses biens, de ses capitaux, de ses revenus et de son industrie*[11].

No regime jurídico de direito privado estabelecido pelo Código Civil de 2002, foi prestigiada a teoria da empresa, segundo a qual a empresa, enquanto abstração, consiste em atividade econômica profissional, voltada à produção ou circulação de bens ou serviços. O exercício da empresa, no entanto, não deve atender unicamente ao interesse de seus titulares, mas deve observar, também, o interesse coletivo da sociedade na qual está inserida.

Esse entendimento decorre de uma leitura do princípio da função social da propriedade aplicada à empresa, resultando, portanto, no princípio da função social da empresa.

Com efeito, a propriedade da unidade produtiva deixa de ser um direito fundamental para ser tornar um "direito-meio", por meio do qual os titulares da empresa perseguem seus objetivos. Entretanto, como o uso da propriedade erradia do âmbito privado, seu emprego deve atender não tão somente ao interesse privado, mas também à comunidade.

Como a função social da propriedade impõe a efetivação da finalidade produtiva da propriedade de forma racional, no contexto empresarial, são reflexos desse princípio a produção e circulação de bens e serviços, geração de empregos, recolhimento de tributos e melhorias para a comunidade no qual a empresa exerce suas atividades.

Na esfera institucional, a empresa, erguida sobre uma estrutura social, que evidencia uma organização interna e lhe assegura estabilidade, reflete o interesse privado ao perquirir uma atividade

[11] COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 63, jul./set., 1986, p. 74.

lucrativa[12]. Ainda sob a dimensão institucional, a empresa contribui para a manutenção da subsistência da população ativa por meio da oferta de trabalho assalariado, além de servir como uma fonte de renda para o Estado via receitas fiscais[13]. As duas dimensões da empresa – a institucional e social – por um lado, e a dimensão privada por outro, devem co-existir, atendendo, simultaneamente, aos interesses privados de seus titulares e aos interesses sociais por meio da geração de benefícios para a coletividade e para o Estado[14].

O adjetivo "social", incorporado na expressão função social da empresa, indica justamente que o fim da empresa deve também atender ao interesse coletivo e não tão somente ao interesse próprio daquele que obtém o controle do exercício da empresa, embora não exista interdição para que estes possam convergir[15]. Segundo FABIANE LOPES BUENO NETTO, "pensar a função social da empresa implica, assim, posicionar a empresa em face da função social da propriedade, da livre-iniciativa (autonomia privada para empreender) e da proporcionalidade (equilíbrio na consecução de interesses privados diante das necessidades sociais)"[16].

No que diz respeito às sociedades anônimas, a Lei n° 6.404/76 é expressa ao estabelecer que o acionista controlador deverá pautar sua conduta tendo como norte a função social da companhia. Veja-se o que determina o art. 116 da referida lei:

> **O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia** realizar o seu objeto e **cumprir sua função social**, e **tem deveres** e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela

[12] LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. I, p. 86.

[13] JUNIOR, Ecio Perin. *Preservação da Empresa na Lei de Falências.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

[14] Ibid. p. 19.

[15] COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit. p. 75.

[16] BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas:* Práticas Sociais e Regulação Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102.

> trabalham e **para com a comunidade em que atua**, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (grifos acrescentados)

O bem-estar social é maximizado quando os indivíduos de uma sociedade, ao exercerem o direito à livre iniciativa, contribuem de forma positiva para o bem comum. As ciências econômicas aplicam o termo "externalidade" à repercussão que o processo de produção pode causar na esfera externa à empresa. Esse reflexo é tido como negativo, quando há uma socialização das perdas e apropriação privada de lucro desmesurado[17]. Contrariamente, sob uma ótica de cuidado com a coletividade, o custo social deve ser internalizado pela empresa. ECIO PERIN JUNIOR apresenta a finalidade da sociedade de forma ímpar, ao encontrar uma harmonização entre a finalidade e o ambiente em que a sociedade empresária está inserida, conforme se transcreve a seguir:

> O escopo finalístico da sociedade, como vimos defendendo com a presente obra, não é a simples satisfação dos bens individuais de cada uma das pessoas que a constituem; o verdadeiro fim da sociedade é o seu *bem comum*, o bem comum do *corpo social*, das *pessoas humanas.*[18]

A associação direta entre o âmbito interno e externo da sociedade empresária requer a tutela dos direitos fundamentais da coletividade, a fim de que não sejam prejudicados, em razão do exercício da empresa. Visto isso, caberá a incidência das normas e princípios de diretos humanos sobre as relações privadas. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser utilizado como um critério balizador para mediar os conflitos de interesses e de direitos.

Pessoas dignas são aquelas que possuem acesso aos bens e serviços que a sociedade produz, o que torna, portanto, essencial a oferta de trabalho assalariado. Antes de conceder definição legal sobre o exercício do trabalho, que é examinar o trabalho como um meio de

[17] Ibid. p. 121.

[18] JUNIOR, Ecio Perin. Op. cit. p. 107.

subsistência, é necessário observá-lo sob um enfoque ainda mais fundamental, que é o trabalho como a capacidade do ser humano de atuar e alterar a realidade que o cerca. Portanto, além de servir como uma fonte de renda, o trabalho permite que o indivíduo possua um "saber prático", que o auxilia em seu desenvolvimento pessoal e social[19].

Importante destacar que os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal[20] deverão ser garantidos pelo Estado por intermédio da atividade legislativa e executiva, sendo a fonte das receitas necessárias para sua efetivação a arrecadação de tributos, que, em sua grande maioria, decorrem das atividades econômicas (leia-se empresárias) desenvolvidas no território nacional.

Dessa forma, os recursos financeiros arrecadados pelo Estado deverão ser direcionados para o melhor atendimento dos interesses coletivos, norteados pelo dispositivo constitucional mencionado acima. Entretanto, o tributo não pode colocar em risco a estabilidade econômica e tão pouco inibir investimentos[21]. À vista disso, a preservação da sociedade empresária é de extrema valia e encontra sua máxima exteriorização no âmbito do direito falimentar.

Ao comentar a abrangência do princípio da função social da empresa, VIVIANE PEREZ registrou que:

> Visto o conceito de função social da empresa, é possível identificar-lhe ao menos dois distintos raios de sua aplicação, quais seja, como: (i) incentivadora do exercício da empresa e (ii) condicionadora de tal exercício.
> Na sua primeira aplicação, **o conceito de função social da empresa dá origem ao chamado princípio da preservação da empresa**. Tal princípio advoga uma

[19] JUNIOR, Ecio Perin. Op. cit. p. 35.

[20] CRFB, art. 6°: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

[21] JUNIOR, Ecio Perin. Op. cit. p. 39.

> primazia do interesse da empresa, como centro de interesses autônomos e distinto de cada um dos grupos de interesses nela catalisados. A manutenção da empresa atenderia, assim, ao interesse coletivo na medida em que essa 'unidade organizada de produção é fonte geradora de empregos, tributos e da produção ou mediação de bens e serviços para o mercado, sendo, assim, propulsora de desenvolvimento.[22] (grifos acrescentados)

Com o advento da Lei n° 11.101/2005, a preservação da empresa – antes resultante de um esforço interpretativo como sendo decorrência da função social da propriedade – foi alçada a princípio previsto de forma expressa em lei. Com efeito, o eixo central da atual lei de recuperação de empresas e falências é a recuperação das empresas economicamente viáveis e a célere liquidação das entidades inviáveis. Assim, busca-se a efetivação do princípio da preservação da empresa, conforme mencionado no âmbito do objetivo da recuperação judicial:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, **a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica**. (grifos acrescentados)

Entende-se que, ao expressar tais princípios, a Lei n° 11.101/2005 está em plena harmonia com a regulação constitucional da ordem econômica.

A Lei n° 11.101/2005, além de viabilizar a preservação da empresa, também tem por escopo garantir a segurança jurídica e, com isso, reduzir do custo do crédito no Brasil e proporcionar celeridade e eficiência dos processos judiciais (conforme indicado no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado elaborado durante o seu processo legislativo). Todavia, em contrariedade a tais finalidades,

[22] PEREZ, Viviane. Loc. cit.

tem-se notado que o Poder Judiciário tem proferido decisões judiciais que, sob o fundamento do princípio da preservação da empresa, distanciam-se sobremaneira do texto da lei.

Nas linhas que se seguem, serão tecidos sucintos comentários sobre o fenômeno do ativismo judicial e apresentados exemplos de tal ativismo no âmbito de processos judiciais de natureza recuperacional, nos quais são proferidas decisões em contrariedade com o que preceitua a própria Lei n° 11.101/2005, com a justificativa de se estar viabilizando a preservação da empresa.

III. Preservação da Empresa e Ativismo Judicial.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, o sistema jurídico-político é pautado pela Constituição Federal, que além de insculpir os fundamentos e valores da nação, contempla a organização do Estado, a divisão de competência entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, além de estabelecer normas de caráter impositivo e programático.

Dentro de suas respectivas competências, cumpre aos três poderes, por meio de suas ações diretas, empregar efetividade[23] aos preceitos contidos na Constituição Federal, principalmente aos direitos fundamentais, sempre de forma coerente com a Lei Maior.

Como se sabe, o Estado não tem se mostrado capaz de implementar todos os direitos fundamentais previstos na Constituição em tempo satisfatório, de forma que a formulação e aplicação de políticas públicas necessárias para implementação de tais direitos, muita das vezes, depende da intervenção do Poder Judiciário.

[23] Segundo Luís Roberto Barroso, "a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios" (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 77).

Assim, o conceito original de *ativismo judicial* relaciona-se com a ideia de uma atuação proativa do Judiciário que extrapola a prestação jurisdicional pura e simples e acaba repercutindo no ambiente de atuação dos demais poderes (executivo e legislativo), com o objetivo de dar concretude aos valores e fins constitucionais.

De acordo com o PROF. LUÍS ROBERTO BARROSO, são exemplos da postura ativista:

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas[24].

Embora o termo *ativismo judicial* tenha sido criado nos Estados Unidos para qualificar a atuação da Suprema Corte daquele país entre meados da década de 1950 até o final dos anos 60, cujas decisões, consideradas progressistas, influenciaram uma profunda mudança nas práticas políticas, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais[25].

O ativismo judicial acabou recebendo duras críticas nos Estados Unidos, tornando-se uma expressão pejorativa que tinha o significado de "exercício impróprio do poder judicial"[26]. Dentre os argumentos dos críticos do ativismo judicial, destacam-se: (i) legislação pelo judiciário; (ii) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e (iii) julgamentos em função dos resultados.

---

[24] Id. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n° 13, jan./mar., 2009, p. 75.

[25] Id. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n° 21, jan./dez., 2011, p. 90.

[26] BARROSO, Luís Roberto. Loc. cit.

No cenário nacional, o Supremo Tribunal Federal já decidiu de forma ativista aplicando diretamente a norma constitucional a situações não previstas de forma expressa na Constituição e sem a existência de lei ordinária sobre a matéria, como no caso de vedação ao nepotismo[27]. Outra forma de atuação ativista verificada no âmbito do STF, dentre outras, é a determinação de condutas ou abstenções por parte do Estado, como ocorreu nos casos do direito de greve dos servidores públicos[28] e em hipóteses de políticas públicas inexistentes ou insuficientes[29].

Embora a expressão *ativismo judicial* tenha sido criada e se desenvolvido no ambiente de direito público, mais precisamente nos

[27] A esse respeito, veja-se a ementa do Recurso Extraordinário 579.951/RN: "ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de agosto de 2008).

[28] Sobre esse particular, v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670/ES. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007.

[29] Nesse sentido, veja-se a ementa de acórdão recente julgado do STF em matéria de direito à saúde: "PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n° RE 716.777/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 09 de abril de 2013.

tribunais constitucionais, pode-se admitir sua aplicação também naquelas situações em que o Poder Judiciário decide processos de natureza privada, aplicando princípios constitucionais ou preceitos derivados de princípios constitucionais, nos moldes acima referidos.

Sendo assim, inserem-se no conceito de ativismo judicial as decisões proferidas no âmbito de processos de recuperação judicial ou de falências que, sob o fundamento do princípio da preservação da empresa – o qual, conforme já se demonstrou acima, deriva do princípio da função social da propriedade – acabam se distanciando do que seria uma aplicação técnica do texto legal, quando não contrariam expressa disposição de lei.

A esse respeito, apresentam-se nos tópicos a seguir exemplos concretos de ativismo judicial em matéria recuperacional.

III.1. Prorrogação do prazo (improrrogável!) de 180 dias de suspensão das ações e execuções do devedor cujo processamento da recuperação judicial foi deferido.

A Lei n° 11.101/2005 fixa, em seu art. 6°, § 4°[30], o prazo no qual ficarão suspensas as ações e execuções contra o devedor: improrrogáveis 180 dias. Tal prazo está diretamente relacionado com o prazo de 150 dias para a realização da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, estabelecido no art. 56, § 1°, da Lei n° 11.101/2005.

O racional por trás da fixação de tais prazos é o de que não devem prosseguir as execuções contra o devedor até que o plano de

[30] Lei n° 11.101/2005: "Art. 6°. 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 aquelas dos credores particulares do sócio solidário. (...) § 4°. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo **em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação**, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial".

recuperação seja apreciado pela assembleia geral de credores. Conforme observado pelo Prof. Sérgio Campinho, a suspensão das ações e execuções permite ao empresário "lidar de forma mais aliviada com o estado de crise econômico-financeira em que se vê inserido, pois estará, ainda que momentaneamente, livre de novas penhoras de seus bens e do fantasma da falência. (...) Terá o devedor um período de tranquilidade no qual buscará recompor sua atividade e recuperar a sua empresa"[31].

A esse respeito, cumpre esclarecer que, uma vez ajuizado o pedido de recuperação, o devedor deve concentrar seus esforços em solucionar a crise, estruturando seu plano de recuperação, para apresentá-lo ao juízo em até 60 dias contados do deferimento do processamento de sua recuperação.

A lei é taxativa quanto à impossibilidade de extensão do referido prazo de suspensão, ao estabelecer que "na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo [6°] em hipótese nenhuma (SIC) excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias".

A *ratio legis* é a de que, não obstante o reconhecimento da necessidade de conceder ao devedor condições de negociar sua recuperação (mediante a suspensão das ações e execuções por 180 dias), a maior preocupação foi vedar a possibilidade de prorrogação judicial do prazo de suspensão, a fim de garantir um mínimo de segurança jurídica aos credores e aos demais *stakeholders* envolvidos com o procedimento de recuperação e, assim, não influenciar negativamente a avaliação de risco das empresas brasileiras[32].

---

[31] CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa:* o novo regime da insolvência empresarial. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

[32] No relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, quando da tramitação do projeto de lei que veio a se tornar a Lei n° 11.101/2005, o Senador Ramez Tebet registrou que: "Modificamos, ainda, a redação do § 5º do art. 7º do PLC nº 71, de 2003, não só para torná-lo mais objetivo, mas também e principalmente para dar-lhe redação que deixe claro que o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial é absolutamente improrrogável, mesmo que o atraso na aprovação do plano não se dê por responsabilidade do devedor. A suspensão das ações é medida gravíssima em

Ressalte-se que a caracterização como "improrrogável" do prazo de 180 dias tem por objetivo tutelar os interesses dos credores diretamente envolvidos com o processo de recuperação judicial do devedor (que poderão retomar suas ações e execuções contra o devedor), bem como resguardar a segurança jurídica no âmbito do mercado, reduzindo, por conseguinte, os riscos para a recuperação de créditos (parte relevante do chamado "custo Brasil").

Com o intuito de se empregar uma coerência sistemática à Lei n° 11.101/2005 quanto à questão do prazo de suspensão das ações e execuções no âmbito da recuperação judicial, poder-se ia cogitar, como elementos de ponderação, os princípios da função social da propriedade (do qual deriva o princípio da preservação da empresa) e a busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII, Constituição Federal, que sustenta o princípio da preservação da empresa sob o prisma da manutenção da fonte produtiva e, consequentemente, dos postos de trabalho), num contexto em que a Constituição Federal assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5°, LXXVIII, da Constituição Federal), todos em contraposição ao princípio geral da segurança jurídica.

---

relação aos direitos dos credores, que só se justifica excepcionalmente, pela necessidade de se conceder ao devedor alguma tranquilidade para negociar sua recuperação. Abrir a mínima possibilidade de que uma decisão judicial, dessintonizada dos objetivos de eficiência econômica da lei, prorrogue a suspensão – em um processo que seja – significa prejudicar a credibilidade e a avaliação do risco de todas as empresas brasileiras, pois jamais se saberia com certeza por quanto tempo essa suspensão de cunho legal poderia arrastar-se. A melhor solução é o estabelecimento de um prazo único, de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, findo o qual as ações e execuções voltam a correr normalmente, independentemente de pronunciamento judicial. Dessa maneira, a lei estimula a conduta diligente do devedor, que deverá apresentar a seus credores um plano viável e envidar seus melhores esforços para que seja aprovado em 180 dias, já que, se não o for, as ações e execuções iniciarão ou continuarão seu curso, reabrindo-se a possibilidade de decretação da falência por inadimplemento de obrigações anteriores ao pedido de recuperação" (Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o PLC n° 71, que resultou na Lei n° 11.101/2005, tendo sido relator o Senador Ramez Tebet. Brasília, 04 mai. 2004, p. 23. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2014).

Considerando tais princípios, não seria absurdo sustentar que, a despeito da redação do art. 6°, § 4°, da Lei n° 11.101/2005, o juízo da recuperação prorrogue o prazo de suspensão das ações e execuções para além do prazo de 180 previsto na lei até a efetiva realização da assembleia geral de credores convocada para deliberar sobre o plano, naqueles casos em que o devedor foi diligente e não contribuiu para o atraso na realização de tal assembleia (sendo tal circunstância absolutamente involuntária para o devedor). Sobre esse particular, vale transcrever as reflexões dos Profs. LUIZ ROBERTO AYOUB e CÁSSIO CAVALLI:

> Com efeito, não ocorrerá a retomada das execuções após o decurso de 180 dias caso o plano não tenha ainda sido apreciado pela assembleia-geral de credores em razão de fatos relacionados à administração da justiça, isto é, em razão de fatos não imputáveis à empresa devedora, sob pena de violaram-se os princípios da razoabilidade e da preservação da empresa. Vale lembrar que não é a empresa devedora quem convocará a assembleia-geral de credores. À empresa devedora incumbe o dever de apresentar o plano em até 60 dias após o deferimento do processamento da recuperação. Por isso mesmo, atrasos na convocação da assembleia não são, de regra, imputáveis à empresa devedora e, portanto, não deve ela ser penalizada caso não haja apreciação no prazo de 180 dias. Nesse sentido, aliás, é o Enunciado 42, lavrado por ocasião da I Jornada de Direito Comercial do CJF, de teor seguinte: "O prazo de suspensão previsto no art. 6°, § 4°, da Lei 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor".
>
> A prorrogação do período de suspensão não se dá automaticamente. A empresa devedora necessita postular a prorrogação, que ficará a depender de pronunciamento do juízo da recuperação judicial.[33]

[33] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 154-156. No mesmo sentido, v. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa:* o novo regime da insolvência empresarial. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 164; e BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de

Quando de suas primeiras manifestações sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça prestigiou a tese de que o prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor seria improrrogável, implementando verdadeira interpretação literal do artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005[34].

Posteriormente, o STJ flexibilizou tal entendimento, passando a manifestar-se no sentido de que a prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções seria possível em situações excepcionais, desde que o devedor comprovasse que praticou os atos que lhe cabiam para fins de aprovação do plano de recuperação judicial dentro do prazo legal. Nessa linha, veja-se o acórdão de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi no âmbito de julgamento realizado em 19.11.2010, pouco mais de dois meses após a primeira decisão por ela proferida, em sentido diverso:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO DO TRABALHO E JUÍZO DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS. PRAZO DE 180 DIAS PARA A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES AJUIZADAS EM FACE DA EMPRESA EM DIFICULDADES. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADJUDICAÇÃO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, POSTERIOR AO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
> 1 - O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que

recuperação judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 35, n° 184, junho, 2010, p. 102.

[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 111.614/DF. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Brasília, 11 de outubro de 2010. Nesse sentido, v. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 110.250/DF. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Brasília, 08 de setembro de 2010 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração na MC nº 17.719. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 14 de abril de 2011.

> diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou.
> 2 - Na hipótese dos autos, a constrição efetuada pelo Juízo do Trabalho ocorreu antes da aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pela suscitante e após o prazo de 180 dias de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face da devedora.
> AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[35] (grifou-se).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça passou interpretar o disposto no artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005 de modo a permitir a prorrogação do prazo em tela, nas hipóteses em que o devedor for capaz de comprovar que agiu de forma diligente e que eventual atraso no processo não pode lhe ser atribuível.

Mais adiante, o Superior Tribunal de Justiça modificou mais uma vez seu entendimento sobre o tema, passando a implementar um arrojado ativismo judicial ao estabelecer, como regra, a prorrogabilidade do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, independentemente do exame da diligência do devedor, fundamentando seu entendimento com base no princípio da preservação da empresa.

Segundo a argumentação do Superior Tribunal de Justiça, o mero decurso de 180 dias do deferimento do processamento da recuperação não seria suficiente para que as ações e execuções contra o devedor fossem retomadas automaticamente, caso o plano de recuperação ainda não tivesse sido objeto de deliberação por parte dos credores.

A esse respeito, veja-se o seguinte acórdão, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, que expressa o atual posicionamento do STJ sobre a matéria:

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 111.614. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 10 de novembro de 2010.

> COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI N. 11.101/2006, ART. 6º, § 4º. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE 180 DIAS. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. PROVA DO RETARDAMENTO. AUSÊNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.
> I. O deferimento da recuperação judicial carreia ao Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa falida aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar.
> II. A extrapolação do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 não causa o automático prosseguimento das ações e das execuções contra a empresa recuperanda, senão quando comprovado que sua desídia causou o retardamento da homologação do plano de recuperação. III. Agravo regimental improvido. [36] (grifou-se).

Dessa forma, firmado o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de que o prosseguimento das ações e execuções contra o devedor após o decurso do mencionado prazo de 180 dias não deve ser automática caso a aprovação do plano ainda não tenha sido deliberada pelos credores, devendo os interessados comprovar efetiva culpa do devedor pelo não cumprimento dos prazos e/ou o não pagamento das custas processuais que lhe são atribuíveis.

---

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 113.001/DF. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 14 de março de 2011. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 119.624/GO. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de junho de 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 117.211/GO. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 08 de fevereiro de 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 101.628/SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 25 de maio de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 112.799/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 14 de março de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 112.812/DF. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 14 de março de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 111.614/DF. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de junho de 2013.

Resta evidenciado, portanto, o acentuado ativismo do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à interpretação e aplicação do artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005.

Entende-se que a interpretação mais adequada para a questão, já levando em conta a ponderação do princípio da preservação da empresa, é a de que a prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo Poder Judiciário somente pode ocorrer nos casos em que ficar comprovada a inexistência de culpa por parte do devedor para a não deliberação a respeito do plano de recuperação judicial no prazo legal. Esse é, inclusive, o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 42 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na 1ª Jornada de Direito Comercial (realizada de 22 a 24 outubro de 2012), segundo o qual "o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor".

III.2. Dispensa da apresentação das certidões exigidas pelo art. 57 da Lei n° 11.101/2005.

Uma vez aprovado o plano de recuperação pelos credores, o art. 57 da Lei n° 11.101/2005 determina que o devedor apresente ao juízo da recuperação as certidões negativas de débitos tributários, nos termos dos arts. 151, 205 e 206 do Código Tributário Nacional, como requisito para a concessão da recuperação judicial.

Como o sistema estabelecido pela Lei n° 11.101/2005 exclui os créditos tributários dos efeitos da recuperação judicial, o comando contido no art. 57 foi inserido pelo legislador como uma forma de se resguardar o interesse da Fazenda Pública, com vistas a impossibilitar a recuperação judicial dos devedores inadimplentes de suas obrigações tributárias.

Sendo assim, para que o devedor logre obter a concessão de recuperação judicial, ele deve, além de ter seu plano de recuperação aprovado pelos credores, comprovar, perante o juízo, que não possui

débitos em aberto perante o fisco. Para tanto, o devedor pode apresentar certidões negativas (que comprovam a inexistência de débito)[37] ou certidões positivas com efeitos de negativa (que indicam que, embora existam débitos, estes estão com sua exigibilidade suspensa)[38]. Dentre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do débito tributário, o art. 151, VI, do CTN prevê o parcelamento de tais débitos por parte do contribuinte.

Na prática empresarial, como se sabe, nas hipóteses em que as dívidas exigíveis superam as disponibilidades financeiras, o empresário acaba optando por satisfazer aqueles créditos cujos titulares podem embaraçar a continuidade da sua empresa com maior facilidade, tais como os fornecedores de bens ou serviços essenciais às suas atividades, bem como aqueles credores titulares de garantias reais sobre bens igualmente necessários para o exercício da empresa. Nessa lógica, a Fazenda Pública acaba sendo relegada ao final da lista de prioridades do empresário, na medida em que a cobrança do crédito tributário é lenta (em razão da burocracia que envolve) e, em regra, não atrapalha o dia-a-dia da empresa. Por essas razões, geralmente o crédito tributário é o primeiro que deixa de ser pago nas situações de crise empresarial.

Por outro lado, o CTN prevê, em seu art. 155-A, § 3°, que "lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial". Em razão de tal disposição, entende-se que o devedor em recuperação judicial possui direito subjetivo ao parcelamento tributário.

---

[37] Código Tributário Nacional, art. 205: "A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição".

[38] Código Tributário Nacional, art. 206: "Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa".

Em 13 de novembro de 2014, foi editada a Lei n° 13.043 que, dentre outras disposições, incluiu o art. 10-A na Lei n° 10.522/2002 para disciplinar o parcelamento de débitos tributários federais do empresário ou sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento de sua recuperação judicial.

Na linha do referido art. 10-A, o devedor em recuperação judicial poderá parcelar seus débitos tributários federais em 84 parcelas mensais e sucessivas, com escalonamento do percentual mínimo sobre o valor da dívida consolidada, de acordo com a maturação do parcelamento.

Em tese, o devedor em recuperação que possui débitos tributários e que teve seu plano de recuperação aprovado pelos credores, para fins de cumprir o disposto no art. 57 da Lei n° 11.101/2005 poderia requerer o parcelamento de seu débito à autoridade fazendária e, dessa forma, obter uma certidão positiva com efeitos de negativa, suficiente para atender à exigência do referido art. 57 e viabilizar a concessão da recuperação judicial.

No mundo real, porém, tanto a obtenção de certidão de negativa (para o caso dos empresários em recuperação que não possuem débitos com fisco) quanto a obtenção de parcelamento podem demorar exageradamente devido à ineficiência da administração pública, o que pode atrasar demasiadamente a concessão da recuperação judicial e, por conseguinte, o cumprimento do plano e, em última análise, colocar a continuidade da empresa em risco.

Nessa linha, e à luz do princípio da preservação da empresa, o judiciário tem flexibilizado a aplicação do art. 57 da Lei n° 11.101/2005, no sentido de conceder a recuperação independentemente da apresentação das certidões negativas quando o devedor comprova que foi diligente (solicitou a certidão ou o parcelamento) mas a fazenda pública não examinou seu requerimento em prazo razoável.

Como a edição da lei específica que trata do parcelamento especial para o devedor em recuperação judicial ainda é muito recente,

ainda não há decisão judicial nesse novo cenário. Entretanto, em mais um exemplo de claro ativismo judicial, anteriormente à edição da Lei n° 13.043/2014, foram proferidas decisões que dispensam o devedor do cumprimento da exigência contida no referido art. 57 simplesmente pelo fato de a lei especial referida no § 3° do art. 155-A do CTN ainda não ter sido editada, ignorando, assim, a regra de transição endereçada no § 4° do mesmo dispositivo[39].

A esse respeito, veja-se o recente posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Crédito tributário. Direito da empresa em crise ao parcelamento do passivo tributário, conforme previsão do art. 68 da Lei nº 11.101/2005 e do art. 155-A, § 3º do CTN. Direito, no entanto, condicionado à edição de lei regulamentando o parcelamento do crédito tributário. Lei ainda não editada. **Exigência de certidões negativas de débitos tributários como requisito para a aprovação do plano de recuperação judicial (art. 57 da Lei nº 11.101/2005) suspensa até a regulamentação do parcelamento do crédito tributário** - AGRAVO PROVIDO.[40] (Grifos acrescidos)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também se manifestou nesse exato sentido. Veja-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS**

[39] Lei n° 5.172/66, art. 155-A: "(...) § 4° A inexistência da lei específica a que se refere o § 3° deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

[40] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI nº 2041909-37.2013.8.26.0000. Relator: Desembargador Alexandre Marcondes. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 06 de fevereiro de 2014. V. tb. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI nº 605.147-4/6-00. Relator: Desembargador José Roberto Lino Machado. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. São Paulo, 05 de maio de 2009.

> **TRIBUTÁRIOS. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. FUNÇÃO SOCIAL**. O art. 57, da Lei nº. 11.101/2005 condiciona o processamento da recuperação judicial à apresentação de certidões negativas de débitos tributários. Ocorre que a finalidade da Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial é preservar a atividade empresarial e a sua função social, **devendo tal dispositivo ser interpretado sistematicamente aos princípios cernes da Lei nº. 11.101/2005, bem como aos princípios constitucionais da ordem econômica, o que nos faz concluir pela possibilidade de afastar a exigência do art. 57 e permitir o processamento da recuperação judicial, ainda que não apresentada as certidões**. A sociedade em dificuldades financeiras, ao buscar socorro estatal a fim de superar a crise econômica, certamente virá com dívidas, dentre elas, dívidas fiscais, sendo irrefutável que o art. 57 gera benefícios à Fazenda, que poderá ter seu débito quitado, em patente violação ao princípio da igualdade em relação aos demais credores, que não gozarão de tal benesse, seja a recuperação processada ou não. Decisão que se pautou numa correta interpretação sistemática, à luz dos princípios constitucionais e dos valores sociais e econômicos do Direito. Manutenção da decisão. Desprovimento do recurso.[41] (Grifos acrescidos)

Tal posicionamento também foi adotado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do seguinte acórdão de lavra do Min. Luis Felipe Salomão:

> DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). **INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS.**

[41] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI nº 0019759-96.2010.8.19.0000. Relator: Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves. 23ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2010.

> **INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**.
> 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".
> 2. **O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN**.
> 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.
> 4. Recurso especial não provido.[42]

Tendo em vista o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, sintetizados nos acórdãos acima transcritos, pode-se afirmar que o judiciário vem decidindo de forma ativista processos nos quais é discutida a exigência contida no art. 57 da Lei n° 11.101/2005, mediante a utilização do princípio da preservação da

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1187404/MT. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Brasília, 19 de junho 2013.

empresa como argumentação para afastar a aplicação técnica da Lei n° 11.101/2005.

No período anterior à edição da Lei n° 13.043/2014, tendo em vista o disposto no art. 155-A, § 4°, do Código Tributário, entende-se que o judiciário deveria, no mínimo, exigir a comprovação da diligência do devedor no sentido de obtenção do parcelamento ordinário de seus débitos e somente relativizar a aplicação do art. 57 da Lei n° 11.101/2005 nas hipóteses em que a razão da não apresentação das certidões negativas de débitos tributários não pudessem ser atribuídas à falta de diligência devedor.

IV. Conclusão.

De todo o exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões:

(i) Dentre os princípios que informam a ordem econômica nacional (art. 170, CF), insere-se a função social da propriedade, do qual deriva a função social da empresa, que, por sua vez, resulta no princípio da preservação da empresa, que norteia a interpretação da Lei n° 11.101/2005;

(ii) O princípio da preservação da empresa visa proteger, dentre outros, o interesse coletivo mediante a manutenção de fontes produtivas que criam empregos, recolhem tributos e fomentam a economia de suas comunidades, catalisando, assim, o desenvolvimento econômico do país;

(iii) A partir da edição da Lei n° 11.101/2005, a preservação da empresa – antes resultante de um esforço interpretativo como sendo decorrência da função social da propriedade – foi alçada a princípio previsto de forma expressa em lei;

(iv) A Lei n° 11.101/2005 estabelece um sistema cujo eixo central é a recuperação das empresas economicamente viáveis e a célere liquidação das entidades inviáveis, buscando-se, dessa forma, a efetivação do princípio da preservação da empresa;

(v) O conceito original de *ativismo judicial* relaciona-se com a ideia de uma atuação proativa do Judiciário que extrapola a prestação jurisdicional pura e simples e acaba repercutindo no ambiente de atuação dos demais poderes (executivo e legislativo), com o objetivo de dar concretude aos valores e fins constitucionais;

(vi) O ativismo judicial foi bastante criticado com base, dentre outros, nos seguintes fundamentos: (a) legislação pelo judiciário; (b) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e (c) julgamentos em função dos resultados;

(vii) É facilmente verificável o ativismo implementado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, que têm proferido decisões em matéria de recuperação judicial que se afastam sobremaneira do que se esperaria de uma decisão técnica, com fundamento no princípio da preservação da empresa; e

(viii) Entende-se que não se deve condenar o ativismo, porém, não deve este ser praticado de forma tão arrojada como vem sendo pelas referidas cortes. É preciso ponderar o princípio da preservação da empresa com a segurança jurídica para se encontrar a medida certa da aplicação do princípio da preservação da empresa, sob pena de se criar um ambiente de instabilidade no plano econômico.

ARBITRABILITY OF DISPUTES INVOLVING ANTITRUST ISSUES IN BRAZIL AND THE PROTECTION OF FREE COMPETITION[1]

ARBITRABILIDADE DAS DISPUTAS RELACIONADAS AO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL E A PROTEÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Gustavo Flausino Coelho
Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

Abstract: Law no. 9,307/1996 (Brazilian arbitration law) was enacted as part of the liberalization process of the Brazilian economy with the purpose of providing a more reliable mechanism of dispute resolution for parties of a contract. A few years before, Law no. 8,884/1994 was enacted to strengthen the protection of competition in Brazil. Currently, Law no. 12,529/2011 is the antitrust law in force in Brazil, which introduced deep changes in competition policy. Due to the fundamental principles of the economy established by the Brazilian Constitution, disputes in connection with antitrust issues usually involve both patrimonial rights and matters of public policy. In this sense, the scope of this study is to verify the possibility of using arbitration to resolve disputes involving antitrust matters using a law-and-economics approach, in view of the incentives of a party to adopt anticompetitive behavior.

Keywords: Arbitration. Public policy. Arbitrability. Brazilian Antitrust Law. Law and economics. Competition.

Resumo: A lei nº 9.307/1997 (Lei de Arbitragem) foi promulgada como parte do processo de liberalização da economia brasileira, com o intuito de disponibilizar um mecanismo mais

[1] Artigo recebido em 01.03.2015 e aceito em 09.03.2015.

confiável para resolução de conflitos entre as partes de um contrato. Após alguns anos, a Lei nº 8.884/1994 foi sancionada para fortalecer a defesa da concorrência no Brasil. Atualmente, a Lei nº 12.529/2011 é a lei antitruste em vigor no país, introduzindo mudanças profundas na política de defesa da concorrência. Devido aos princípios fundamentais da ordem econômica, dispostos na Constituição Federal, litígios relacionados a matérias concorrenciais costumam envolver direitos patrimoniais disponíveis e matéria de política pública. Neste sentido, este trabalho visa verificar a possibilidade de adoção da arbitragem como meio de resolução de controvérsias relacionadas a aspectos concorrenciais utilizando a análise econômica do Direito, considerando os incentivos de uma parte realizar condutas anticompetitivas.

Palavras-chave: Arbitragem. Política pública. Arbitrabilidade. Lei Antitruste. Análise econômica do Direito, Defesa da concorrência.

Summary: I. Introduction. II. Arbitration in Brazil. III. Brazilian Antitrust Law. IV. Arbitrability of disputes involving antitrust issues. V. Arbitrability of antitrust matters in Brazil. VI. Should antitrust matters be resolved by arbitration? VII. Conclusion.

I. Introduction.

Law no. 9,307/1996 ("Arbitration Law") was enacted as part of the liberalization process of the Brazilian economy with the purpose of providing a more reliable mechanism of dispute resolution for parties of a contract. However, it was not until 2001 that the use of arbitration started to become a widespread practice in Brazil. The applicability of the Arbitration Law was often challenged due to certain provisions of the Brazilian Constitution that supposedly forbid

the settlement of disputes outside the judiciary. The controversy was decided by the Brazilian Supreme Court[2], ruling that the Arbitration Law is constitutional and the use of arbitration is a safe and reliable mechanism of dispute resolution.

Since Brazilian Supreme Court decided that the Arbitration Law was in accordance with the Constitution, arbitration has been used by companies and businessmen as the main mechanism of dispute resolution for their contracts, especially due to the long-standing inefficiency issues of the Brazilian courts. However, the Arbitration Law only allows parties to settle their disputes by arbitration if the controversy does not involve inalienable rights. Additionally, a foreign arbitration award may only be recognized and enforced in Brazil if: (i) the issue is capable of being resolved by arbitration in accordance with the law; and (ii) the procedure is not contrary to public policy and morality[3].

The arbitrability of a dispute refers to the possibility of resolving certain matters by arbitration. Some disputes cannot be resolved without the direct intervention of the state due to the importance of the issues under discussion. Therefore, the arbitration law determines that only matters involving patrimonial rights may be settled by arbitration[4]. Disputes involving constitutional rights, for example, cannot be submitted to arbitration.

---

[2] BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. SE no. 5,206. Reporting Judge Sepúlveda Pertence. Brasília. Judged on December 12, 2001.

[3] The same requirements are mentioned in the Article V of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: "Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country".

[4] Cf. BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. SE no. 5,206. Reporting Judge Sepúlveda Pertence. Brasília. Judged on December 12, 2001. Cf. article 1 of Law no. 9,307/1996.

The subject of this study will be the arbitrability of disputes involving antitrust issues. Defining the possibility of submitting matters involving competition issues to arbitration is not an easy task, since antitrust matters in Brazil usually involve both constitutional matters and patrimonial rights. In this sense, the Brazilian Constitution sets forth the protection of free competition[5] and free enterprise[6] by the law as fundamental principles of the economy. Therefore, the protection of competition is a matter of public policy in Brazil.

Although the first Brazilian antitrust law was enacted in 1962[7], the protection of competition only became effective with the enactment of Law no. 8,884/1994, which transformed the Administrative Council for Economic Defense ("CADE") into an independent agency. Similar to the Arbitration Law, Law no. 8,884/1994 was issued as part of the liberalization process of the Brazilian economy. Law no. 8,884/1994 was recently replaced by Law no. 12,529/2011 ("Antitrust Law"), which introduced relevant changes to competition policy in Brazil and promoted a deep restructuring of CADE.

According to the Antitrust Law[8], free competition and free enterprise are collective rights. Notwithstanding, the Antitrust Law also states[9] that anyone injured by an anticompetitive practice may seek indemnification for losses in courts, regardless of prosecution by CADE. This indicates that, although disputes involving competition matters imply the existence of matters of public policy, it also involves patrimonial rights, to the extent that those injured by the anticompetitive practice have suffered a loss.

In this sense, the purpose of this study will be to address the question of whether or not disputes involving competition issues may

[5] Article 170, item IV, of the Brazilian Constitution.

[6] Article 170, sole paragraph, of the Brazilian Constitution.

[7] Law no. 4,137/1962.

[8] Article 1, sole paragraph, of the Antitrust Law.

[9] Article 47 of the Antitrust Law.

be submitted to arbitration according to the Brazilian legislation. Moreover, the use of arbitration to settle competition matters will be analyzed by taking into account the potential enhancement of antitrust private enforcement in Brazil, since arbitration provides the parties with a more efficient mechanism to seek indemnification for losses caused by anticompetitive behavior. In order to evaluate the benefits yielded by the use of arbitration in solving disputes involving competition issues and the potential enhancement of antitrust enforcement in Brazil, this study will adopt a law-and-economics approach based on the assumption that there are reduced incentives for a party to engage in anticompetitive behavior in connection with a subject that may be submitted to arbitration. The existence of such possibility may reduce the incentives for the abuse of economic power and collusion, since the party injured by the anticompetitive practice will have an effective mechanism to recover its losses in a timely manner.

II. Arbitration in Brazil.

The arbitration as a dispute resolution mechanism in Brazil dates back to the nineteenth century, when it was introduced by the first Brazilian constitution, adopted in 1824, and upheld by specific laws regulating certain matters thereafter. The Brazilian Constitution of 1824 established that parties of civil and criminal lawsuits could appoint arbitrators to judge their controversies[10]. Subsequently, a number of laws were enacted setting forth specific provisions providing for arbitration to settle disputes, such as the Commercial Code of 1850, Regulation no. 737/1850 and Decree no. 3,900/1867[11].

[10] CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

[11] Ibid. p. 5-6.

Notwithstanding, it was only in 1996 that the arbitration was formally introduced in Brazil with the enactment of the Arbitration Law. Its constitutionality was rapidly challenged on the basis that the Brazilian Constitution forbids any law to "exclude from the scrutiny of the Judiciary any damage or threat to a right"[12]. The Supreme Court analyzed the issue in a lawsuit requesting the recognition of an arbitration award that was rendered in Spain[13]. In its judgment, the Court held that what the Constitution forbids is the restraint to seek access to the judiciary in case of any damage or threat to a right. Arbitration, on the other hand, is an option that parties may or may not elect as their dispute resolution method. Accordingly, the use of arbitration is based on the mutual agreement between parties and is not against the Brazilian Constitution.

The Arbitration Law follows, to a great extent, the rules provided by the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration[14]. In this sense, the submission of a controversy to arbitration must be based on a written agreement between the parties[15]. According to the Arbitration Law, parties may submit their disputes to arbitration through an arbitration convention, which is formed by (a) the arbitration clause and (b) the arbitration commitment[16]. The arbitration clause is the written agreement through

[12] Article 5, item XXXV, of the Brazilian Constitution.

[13] BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. SE no. 5,206. Reporting Judge Sepúlveda Pertence. Brasília. Judged on December 12, 2001.

[14] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma Introdução à Arbitragem Internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3.

[15] See Article II of the Convention: "1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration. 2. The term 'agreement in writing' shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams."

[16] Article 3 of the Arbitration Law.

which the parties of a contract undertake to submit the controversies arising out of such contract to arbitration[17]. The arbitration commitment, on its turn, is the agreement through which the parties effectively submit an existing dispute to arbitration and specify all the aspects of the procedure, such as: (i) information of the parties involved; (ii) information of the appointed arbitrators or the entity that was chosen to appoint the arbitrators; (iii) description of the dispute; and (iv) the place where the award shall be issued[18].

Prior to submitting a dispute to arbitration, the parties must ensure that it involves only patrimonial rights[19]. Disputes involving inalienable rights that cannot be subject to negotiation are forbidden to be resolved through arbitration. If, during the arbitration procedure, a controversy arises involving inalienable rights, the subject must be solved by the judiciary before the arbitration continues its course[20]. Also, arbitral decisions awarded abroad cannot be enforced in Brazil if: (i) the subject cannot be settled through arbitration under Brazilian law, *i.e.*, if it involves inalienable rights; and (ii) the decision is against public policy[21].

Therefore, in order to verify whether disputes involving competition issues may be solved by arbitration, it is necessary to assess if such disputes involve patrimonial rights that can be (a) freely negotiated by parties; and (b) subject to a consensual dispute resolution mechanism. If the claims are related to inalienable rights, they can only be addressed by the judiciary. Furthermore, for the purposes of this study, it is important to verify if competition issues are a matter of public policy, which may be a key factor in cross-border arbitration.

---

[17] Article 3, paragraph 1, of the Arbitration Law.

[18] Articles 9 and 10 of the Arbitration Law.

[19] Article 1 of the Arbitration Law.

[20] Article 25 of the Arbitration Law.

[21] Article 39 of the Arbitration Law.

III. Brazilian antitrust law.

While the Antitrust Law in Brazil has an evident public policy aspect, competition matters also involve patrimonial rights that may be subject to negotiation. The main purpose of the Antitrust Law is to protect free competition and free enterprise, which are fundamental rights deemed as essential features of the Brazilian economic order provided by the Constitution[22].

The economic order, as entitled by the Constitution, is a group of principles, fundaments and ideas that shape the Brazilian economy and establish the ideology according to which the markets must be organized in Brazil[23]. In this context, protecting free competition becomes not only an end in itself, but also a means to achieve certain broader and more important goals[24]. The economic order translates a set of ideologies, ideas and guidelines to organize markets in a way deemed by the Constitution to be the most beneficial to Brazilian society. Therefore, protecting free competition and free enterprise is, without a doubt, a matter of public policy in Brazil. As a general rule, matters of public policy impose limitations on the private autonomy by preventing parties from agreeing on subjects that may offend national interests, and restricting the application of laws that may conflict with specific goals and objectives of the nation[25].

The nature of the antitrust enforcement as a matter of public policy in Brazil leads to another equally important conclusion: the Antitrust Law may be considered a mandatory rule (*lois de police*). Mandatory rules are those that must be applied in specific situations

[22] See Article 170 of the Brazilian Constitution.

[23] For a detailed and extensive discussion about the nature of the concept "economic order" as set forth by the Brazilian Constitution and the ideologies that arise from it, see GRAU, Eros Roberto. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 187-188.

[24] FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 186-188.

[25] ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 25-28.

due to certain national policies. The mandatory application of these rules in such situations is justified on the basis that they must be enforced in order to meet the objectives of public policy[26]. Despite academic opinions towards the idea that the concepts of public policy and mandatory rules are not necessarily associated with each other[27], it seems clear that, under the Brazilian legal system, the characterization of the Antitrust Law as a mandatory rule derives from the nature of the antitrust enforcement as a matter of public policy. Considering that the protection of competition is a means to achieve the goals set forth by the Brazilian Constitution, the Antitrust Law must be applied and enforced in the situations defined thereby[28].

Notwithstanding, in addition to the damages inflicted by anticompetitive practices upon society as a whole, which materialize into loss of welfare by the collectivity, some individuals are directly affected by such practices. Companies that form a cartel to raise prices, for example, may have supply agreements in place to provide their clients with products or services. Such clients are directly affected by the cartel and suffer a measurable loss that can be recovered in a lawsuit.

Because of such duality of damages caused by an anticompetitive practice – inflicted both upon society in general and upon companies and individuals directly impacted by the practice – the Antitrust Law establishes that any party affected by an

[26] GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. London: Kluwer Law International, 1999. p. 847.

[27] For an extensive discussion regarding the relationship between these concepts, see ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52-57.

[28] The Antitrust Law must be applied whenever a practice fits into the description set forth by article 36 thereof: "Art. 36. The acts that under any circumstance have as purpose or may have the following effects shall be considered violations to the economic order, regardless of fault, even if not achieved: I - to limit, restrain or in any way injure free competition or free initiative; II - to control the relevant market of goods or services; III – to arbitrarily increase profits; and IV - to exercise a dominant position abusively."

anticompetitive practice may seek indemnification in the judiciary branch regardless of CADE's prosecution[29].

The wording of the Antitrust Law leads to two different conclusions: (i) private antitrust enforcement is independent from the public antitrust enforcement by CADE; and (ii) those injured by anticompetitive practices may seek indemnification in the judiciary, but they are not forced to do so. Accordingly, as opposed to CADE's obligation to prosecute and punish anticompetitive practices, those directly affected by such practices can choose whether or not to seek indemnification in Courts. In fact, indemnification claims for damages and losses in connection with anticompetitive behavior are very unusual in Brazil[30]. In this sense, the possibility to choose whether to exercise the right to seek indemnification demonstrates that such right may be freely disposed by the injured party and, therefore, may also be subject to negotiation and resolution by arbitration.

IV. Arbitrability of disputes involving antitrust issues.

After a brief outline of the most important aspects of the Arbitration Law and the Antitrust Law and prior to addressing the issue under Brazilian legislation, it is important to take into consideration some of the implications of solving antitrust matters by arbitration under the experience of the U.S. and E.U. case law.

---

[29] Article 47 of the Antitrust Law.

[30] Recent research compared the antitrust private enforcement in Brazil and the U.S. (GÂNDARA, Lívia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.). According to this paper, only twenty two antitrust private damages claims were filed in Brazil in the last ten years, while in the U.S. seven hundred and fifty claims are filed per year. Also, refer to CARVALHO, Vinícius Marques de, et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. p. 137.

(i) Resolving competition matters by arbitration: pros and cons.

In 2010, the Organization for Economic Co-operation and Development ("OECD") published a report addressing the question of whether or not antitrust matters could be solved by arbitration. In its report, the OECD[31] stated that the settlement of antitrust matters by arbitration had the following advantages: (i) flexibility over choice of arbitrators and process; (ii) detachment from a particular legal order; (iii) speed of process; and (iv) wide enforcement of decision. On the other hand, the report also listed the following disadvantages: (i) lack of rigor; (ii) no powers of investigation; (iii) lack of transparency; (iv) conflict between approaches; and (v) lack of precedents.

According to the OECD, arbitration allows parties to choose their arbitrators, as well as to choose the law applicable to their controversy and the procedural rules to be adopted during the proceeding. Consequently, arbitration would also not be attached to a specific legislation, which can lead to a controversy being diverted from its usual legal order. In addition, arbitration would allow parties to solve their disputes in an expedited and efficient manner, which can be particularly advantageous in complex antitrust matters. Finally, arbitration provides for a wider enforcement of a decision, considering that an arbitral award may be enforced in an indefinite number of countries due to treaties and international conventions.

As a downside aspect to the use of arbitration, the OECD's report mentioned the lack of rigor, since arbitration is not deemed to have the same rigor as public enforcement by antitrust authorities. Also, antitrust authorities usually have very broad and extensive investigatory powers, which arbitrators do not have as a general rule. In addition, arbitration lacks transparency since most of the procedures are carried out confidentially, which leads to the

[31] OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee. *Arbitration and Competition*. Available at: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Accessed on: February 28, 2015.

conclusion that there are not enough precedents in terms of arbitral decisions, since most of them are not made public. Finally, an arbitration award may conflict with the decision rendered by the relevant antitrust authority.

It is important to note, as a preliminary conclusion, that some of the implications pointed out by OECD that derive from the use of arbitration to solve antitrust matters may not be applicable under Brazilian legislation. For example, given the nature of the antitrust enforcement as a matter of public policy and the characterization of the Antitrust Law as a mandatory rule, it does not seem reasonable to assume that parties can choose not to apply the Antitrust Law to a certain controversy in which an anticompetitive practice with effects in Brazil may be involved. Thus, the supposed advantage of detaching a specific controversy from its particular legal order may not be possible as well if the arbitrator faces a potential anticompetitive practice in Brazil. This also leads to the conclusion that the advantage of wide enforcement may be prejudiced (at least if the prevailing party wishes to have the arbitral award recognized in Brazil) if the decision failed to address, under the Antitrust Law, an anticompetitive practice with potential effects in Brazil.

The disadvantage of having conflict between the arbitration award and CADE's decision does not seem to be applicable as well. According to the Antitrust Law, the private antitrust enforcement is completely independent from the public enforcement, which means that they may lead to different conclusions.

(ii) U.S. case law.

The enforcement of antitrust laws in the United States of America is made through the application of a number of laws and statutes, particularly the Sherman Act, enacted in 1890.

Due to long-standing enforcement of the antitrust policy and strong private antitrust enforcement in the United States, the issue of resolving antitrust matters by arbitration was addressed in a relevant

number of cases[32]. In this context, it is important to analyze the most important cases addressing the arbitrability of competition matters under U.S. law.

Initially, the understanding of U.S. courts was that, although there were no rules explicitly forbidding antitrust matters to be settled by arbitration, controversies involving competition issues should not be solved by arbitration due to reasons of public policy[33]. In *American Safety Equipment v. J. P. Maguire & Co.*[34], the Court of Appeals reversed a decision that had previously ruled in favor of submitting claims of violations under the Sherman Act to arbitration. According to the Court of Appeals, antitrust claims should not be resolved by arbitration due to the pervasive public interest in enforcing antitrust laws and the nature of the injuries and damages caused by antitrust violations[35].

A similar decision was held in *Aimcee Wholesale Corporation v. Tomar Products, Inc.*[36]. In this case, the plaintiff-appellant had purchased certain products from the defendant-appellee and sought arbitration to recover damages arising out of defective shipping and a lack of allowances that had been advertised. The defendant-appellee agreed to the arbitration but offered a counterclaim based on supposedly discriminatory price reductions in violation of the antitrust

[32] For a detailed description of some of the cases addressed herein and an extensive discussion of their consequences and implications, see FINN, John J. Private arbitration and antitrust enforcement: A conflict of policies. *Boston College Law Review*, Boston, v. 10, p. 406, 1969.

[33] Id, Ibid. p. 407, 1969.

[34] *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 2d. Cir., 1968.

[35] "A claim under the antitrust laws is not merely a private matter [...] Antitrust violation can affect hundreds of thousands, perhaps millions, of people and inflict staggering economic damage. We do not believe Congress intended such claims to be resolved elsewhere than the Courts." (*American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 2d. Cir., 1968).

[36] *Aimcee Wholesale Corporation v. Tomar Products, Inc.*, 1968, 21 N.Y.2d 621, 289 N.Y.S.2d 968, 237 N.E.2d 223 (holding state antitrust claims not arbitrable).

laws. The plaintiff-appellant requested that such antitrust claims were also solved by arbitration. In its decision, the New York Court of Appeals decided that commercial arbitration was inappropriate to address antitrust matters.

This understanding was overruled in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*[37]. In this case, related to a controversy between Mitsubishi Motors Corp. and a retailer; a number of allegations of violations to Sherman Act were made to prevent the submission of the dispute to arbitration[38]. The U.S. Supreme Court decided that, despite the understanding established in *American Safety Equipment v. J.P. Maguire & Co.*, arbitrators can resolve disputes involving antitrust matters and it was the intention of the Congress to provide parties with the possibility to settle their controversies by arbitration. In addition, the U.S. Supreme Court held that, in case the arbitral award was against public policy, it could have its recognition denied in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958[39].

Therefore, following *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, the U.S. Supreme Court overruled the traditional understanding and confirmed that antitrust matters may be solved by arbitration under certain conditions[40].

---

[37] *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 620 (1983).

[38] For a detailed description of the controversy addressed in this case, ref. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 355-356.

[39] "Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed. The [New York Convention] reserves to each signatory country the right to refuse enforcement of an award where the 'recognition of enforcement of the award would be contrary to the (Art. V.2(b), NYC) public policy of that country." (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 620, 1983).

[40] OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee. *Arbitration and Competition*. Available at:

(iii) E.U. case law.

The European Union has a long-standing tradition of enforcing antitrust rules and, therefore, its precedents must also be taken into account when discussing the arbitrability of antitrust matters[41].

In 1966, the International Chamber of Commerce ("ICC") addressed the issue in case no. 1397. The arbitration award rejected the allegation that a contract granting exclusivity could not be subject to arbitration due to possible violations of Article 85 of the Treaty of Rome. The decision held that, although a contract in violation of the antitrust laws would be beyond the authority of an arbitral tribunal, arbitrators could not refrain from addressing such claim in order to verify that they fall into the criteria of relevant antitrust rules. Thus, while arbitrators could not accept the performance of an obligation against public policy, they also could not refrain from examining the basis of such claim[42].

In the following years, other decisions awarded by ICC would further confirm the arbitrability of antitrust matters under the E.U. treaties. In ICC case no. 2,811, judged in 1979, the arbitral tribunal

---

<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Accessed on: February 28, 2015.

[41] For a detailed analysis of the European Union case law on the arbitrability of antitrust matters, see GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. London: Kluwer Law International, 1999. p. 349.

[42] "[A] dispute relating essentially to the validity or nullity of a contract under Article 85 of the Treaty of Rome would be beyond the jurisdiction of an arbitrator, and no arbitration agreement could substitute a private judge for a public judge to resolve a dispute concerning public policy *in se* and *per se*. However, if in the context of a private Law dispute a defendant claims that the contract on which the other party relies is void on the grounds of public policy and in particular for breach of Article 85 of the Treaty of Rome, the arbitrator has a duty to establish whether the disputed contract satisfies the substantive and legal conditions leading to the application of the said article. [...] The arbitrator can neither accept the performance of an obligation contravening public policy nor, conversely, admit a claim for a stay of proceedings without examining the basis of that claim, nor indeed extend to an entire complex agreement the nullity which may affect a part thereof."

claimed jurisdiction to resolve a dispute involving the application of Article 85 of the Treaty of Rome and an EC regulation establishing block exemption to exclusive dealing agreements. In 1984, the award issued in the ICC case no. 4,604 provided for a decision allowing the resolution by arbitration of a dispute involving an exclusive license containing a non-compete clause. Subsequently, in 1990, the arbitral tribunal decided in ICC case no. 6,106 that a dispute involving a non-compete clause could be resolved by arbitration. Also, in 1993, in the judgment of ICC case no. 7,673, the arbitrators analyzed a claim of abuse of dominant position, in connection with an alleged attempt of a party to exclude its rival from the market[43].

The issue of the arbitrability of antitrust matters under E.U. law was further clarified in a decision issued by the European Court of Justice in 1999[44]. In its decision, the Court held that "[a] national court to which application is made for annulment of an arbitration award must grant that application if it considers that the award in question is in fact contrary to Article 85 of the EC Treaty (now Article 81 EC) [...]." Therefore, the implication of this ruling is that arbitrators are not only *allowed* to apply the relevant competition laws where its application is so required, but that they *must* apply such laws. Otherwise, if arbitrators refrain from applying the relevant antitrust laws, their decision may be considered contrary to the relevant antitrust provisions of the E.U. treaties.

V – Arbitrability of antitrust matters in Brazil.

According to the OECD, when addressing the arbitrability of competition law disputes, a distinction should be made between arbitration as "(i) a means for individuals to privately enforce

[43] For a full description of these cases, see GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. London: Kluwer Law International, 1999. p. 350.

[44] *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

competition law and (ii) a tool for competition authorities in their public enforcement of competition law."[45]. In addition, it should be considered whether an arbitrator could apply competition law and, if yes, which competition law should be applied and how such enforcement should be done[46].

First of all, one of these questions can be immediately answered under a Brazilian law perspective. It is very unlikely that arbitration could serve as a tool for CADE in its antitrust public enforcement. As previously explained, anticompetitive practices in Brazil are deemed to generate a duality of damages. They inflict damages upon the collectivity and upon companies and individuals directly affected by the practice. CADE's prosecution aims to punish those who undertake anticompetitive behavior in order to protect the collective rights of free competition and free enterprise. Such rights are inalienable and may not be subject to arbitration. Therefore, it is very unlikely that CADE would be allowed to resolve any dispute involving antitrust matters under its authority by arbitration.

Notwithstanding, it seems reasonable to conclude that arbitration can be used by companies and individuals as a means to privately enforce the Antitrust Law. Considering that the Antitrust Law allows those injured by anticompetitive practices to seek indemnification in the courts, there is no reason to believe that they also could not seek indemnification by arbitration.

As for the questions of whether an arbitrator could apply competition law and which competition law should be applied and how should such enforcement be done, the answers seem clear under the Brazilian law. Similar to the decision taken by the European Court of Justice in *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International*

[45] OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee. *Arbitration and Competition*. Available at: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Accessed on: February 28, 2015.

[46] Ibid.

NV[47], the arbitrators shall apply the Antitrust Law if the circumstances require them to do so. Accordingly, the Antitrust Law is applicable to any practice or act that may generate anticompetitive effects[48] in Brazil[49]. Consequently, whenever an anticompetitive practice may generate effects in Brazil, the applicable law must be the Antitrust Law, at least to the extent of such effects. If, for example, the arbitrator decides to apply a foreign antitrust statute to address effects generated in Brazil by an anticompetitive practice, it is reasonable to assert that his award will likely not be enforceable in Brazil (public policy argument).

Finally, the question remains of how the enforcement of the Antitrust Law should be done. According to the Antitrust Law, those injured by anticompetitive practices may seek indemnification for the damages inflicted upon them. The analysis of whether a certain practice is anticompetitive must certainly be made based on the Antitrust Law. Upon the decision by the arbitrator that the practice is, in fact, anticompetitive, an obligation to indemnify the injured party will arise[50]. As a general rule, the calculation of such indemnification by Brazilian courts is made in accordance with Law no. 10,406/2002 (Brazilian Civil Code)[51]. However, it seems reasonable to assert that such calculation may be made in accordance with the applicable law chosen by the parties.

---

[47] See supra note 42.

[48] See supra note 27.

[49] See article 2 of the Antitrust Law: "Art. 2. This Law applies, without prejudice to the conventions and treaties of which Brazil is a signatory, to practices performed, in full or in part, on the national territory, or that produce or may produce effects thereon."

[50] It is important to mention that, according to the Antitrust Law, those who adopt an anticompetitive practice are liable for all losses and damages regardless of culpability (which means that they will be strictly liable). See article 36 of the Antitrust Law.

[51] The calculation of indemnification for damages under the Brazilian law is made in accordance with articles 944 to 954 of the Brazilian Civil Code.

VI. Should antitrust matters be resolved by arbitration?

It is reasonably clear that antitrust matters can be resolved by arbitration under Brazilian law. But should they? What are the potential advantages of using arbitration to resolve disputes involving antitrust matters?

The fact that a strong private antitrust enforcement discourages companies and individuals to adopt anticompetitive behavior is almost intuitive[52]. In a report on antitrust and behavioral economics, the OECD asserted that "executives behave as rational, profit-maximizers, in conducting a cost-benefit analysis to see if the expected gains from participating in the cartel are worth the costs, which include the magnitude of likely punishment discounted by the probability of cartel prosecution."[53]. Therefore, when deciding whether or not to join a cartel or to exclude a rival from the market, an executive (or other applicable decision-maker individual) will likely take into account the probability of being prosecuted and punished. It is also true that, currently, private antitrust enforcement is almost non-existent in Brazil[54].

Therefore, the use of arbitration by parties injured by anticompetitive practices as a tool to recover their damages and seek indemnification may be a valuable means to enhance and strengthen the enforcement of the Antitrust Law in Brazil. Accordingly, the incentives for adopting anticompetitive behavior may be significantly reduced if the injured party is provided with an efficient dispute

---

[52] In fact, some scholars believe that antitrust private enforcement is even more effective in deterring anticompetitive behavior than criminal prosecution. See LANDE, Robert H., DAVIS, Joshua P. *The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: A reply to Werden, Hammond, and Barnett.* San Francisco, 2012. Avaliable at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762>. Accessed on: May 31, 2013.

[53] OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee. *Arbitration and Competition*. Available at: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Accessed on: February 28, 2015.

[54] See supra note 29.

resolution mechanism to seek indemnification. Thus, under a law-and-economics perspective, the use of arbitration to resolve disputes involving antitrust matters may enhance antitrust private enforcement and be beneficial.

VII. Conclusion.

The protection of free competition and free enterprise in Brazil is a matter of public policy and is deemed a means to achieve a broader goal set forth by the Brazilian Constitution. In this sense, the enforcement of the antitrust laws is essential to ensure the effective application of the set of ideologies, principles and ideas that form the so-called "economic order".

Under such context, the Antitrust Law in Brazil certainly involves inalienable rights that cannot be subject to arbitration and must be protected by CADE. However, antitrust matters also involve patrimonial rights that can be freely negotiated to the extent that the Antitrust Law provides those injured by anticompetitive practices with the right to seek indemnification in courts. Such rights may be subject to arbitration and, therefore, it seems reasonable to assert that private antitrust enforcement may be made effective by arbitration if the parties mutually agree to do so. Several precedents of U.S. and E.U. case law also indicate that antitrust matters may be resolved by arbitration.

In addition to the arguments in favor of the arbitrability of antitrust matters, a law-and-economics approach also indicates that resolving disputes involving competition issues by arbitration may be beneficial to society. In this sense, the use of arbitration may strengthen antitrust private enforcement and reduce incentives for the adoption of anticompetitive behavior.

A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG): ANÁLISE DE SEU ART. 79[1]

THE EXEMPTION OF LIABILITY UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG): ANALYSIS OF ART. 79

Mariana Campinho

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar o tema da exclusão de responsabilidade por violação contratual na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Para tal, proceder-se-á à análise do artigo 79 da Convenção, com destaque para (i) a sua esfera de aplicação; (ii) os requisitos necessários a fim de que haja exclusão de responsabilidade por inadimplemento contratual; e (iii) os efeitos jurídicos de tal exclusão pela CISG. Dessa forma, por meio de análise de casos concretos e de opiniões doutrinárias sobre o tema, objetiva-se expor criticamente as principais discussões acerca do referido dispositivo.

Palavras-chave: Exclusão de responsabilidade contratual; Convenção das Nações Unidas para Compra e Venda Internacional de Mercadorias; CISG.

Abstract: This paper addresses the exemption of liability under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG). It analyzes art. 79 of the Convention, focusing (i) on its sphere of application; (ii) on the necessary requirements the party must fulfill in order to be exempted from liability; and (iii) on

[1] Artigo recebido em 24.02.2015 e aceito em 09.03.2015.

the legal consequences of an exemption granted under the CISG. Thus, by the analysis of cases and scholars' opinions, this article aims to critically pinpoint the major discussions related to this issue.

Keywords: Exemption of liability; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Aplicabilidade da CISG. 3 – Esfera de aplicação do art. 79 da CISG. 4 – Requisitos para a exclusão de responsabilidade (art. 79(1) CISG). 4.1 – Impedimento fora do controle da parte. 4.2 – Imprevisibilidade. 4.3 – Inevitabilidade ou insuperabilidade do impedimento ou de suas consequências. 4.4 – Nexo causal. 4.5 – Casos específicos. 4.5.1 – Fenômenos naturais e catástrofes. 4.5.2 – Intervenções estatais. 4.5.3 – Impossibilidade econômica / *Hardship*. 5 – Responsabilidade por terceiros subcontratados (art. 79(2) CISG). 5.1 – Noção de terceiro subcontratado. 5.2 – Hipótese de exclusão de responsabilidade. 6 – Impedimentos temporários (art. 79(3) CISG). **7 –** Dever de informar (art. 79(4) CISG). 8 – Consequência legal da exclusão de responsabilidade (art. 79(5) CISG). 9 – Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ou Convenção de Viena de 1980 ou CISG, sigla pela qual é conhecida no idioma inglês, é um relevante diploma que regula o comércio internacional de mercadorias, já tendo

sido ratificada por 83 países[2]. Esta Convenção estabelece normas homogêneas e específicas para disciplinar questões referentes a obrigações e contratos internacionais envolvendo a compra e venda de mercadorias tais como: formação dos contratos, obrigações do vendedor, obrigações do comprador, conformidade das mercadorias, inadimplemento contratual, rescisão contratual, perdas e danos, dentre outras.

Nesse sentido, a CISG confere maior neutralidade e previsibilidade ao comércio internacional de mercadorias, na medida em que as partes contratantes, de diferentes países, conhecem, previamente, as regras materiais aplicáveis ao contrato. Assim, não é mais necessário escolher entre a lei doméstica do país do comprador ou do vendedor, ou, ainda, de um terceiro país. Ao adotar um conjunto de regras comuns e estáveis, é possível diminuir os riscos legais e os custos de transação, além de conferir maior segurança jurídica e certeza às partes quanto às obrigações assumidas contratualmente, o que acaba por estimular os negócios através das fronteiras.

O comércio internacional de mercadorias desempenha um relevante papel na economia brasileira, porquanto o país é, a título de exemplo, um grande exportador de *commodities*. Considerando a totalidade das transações internacionais de mercadorias, estima-se que mais de dois terços sejam reguladas pela CISG[3]. Ademais, parceiros comerciais relevantes do Brasil tais como China, Estados Unidos, Canadá, Argentina e Chile, além de outras potências europeias, são signatários da Convenção, alguns já há mais de 20 anos[4].

Por tudo isso, fez-se evidente a necessidade de adequação do Brasil a essa não tão nova realidade jurídica do comércio internacional de mercadorias. Assim, recentemente, embora de forma tardia, o

---

[2] Número atualizado até 02.10.2014. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>. Acesso em: 6 jan. 2015.

[3] Dado retirado de: <www.onu.org.br>. Acesso em: 19 dez. 2013.

[4] Ver SCHWENZER, Ingeborg. The CISG in a globalised world. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 3, p. 367-368, jul./dez., 2008.

Brasil aderiu a essa lei uniforme sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias [5], restando clara a urgência de seu conhecimento mais aprofundado para sua melhor aplicação.

Isto pois, a partir do momento em que a CISG iniciou a produção de seus efeitos no Brasil, os contratos de compra e venda internacional de mercadorias submetidos à legislação brasileira passaram a ser automaticamente regidos por tal convenção e não mais pelo Código Civil brasileiro. Ressalta-se, entretanto, que a CISG permite a sua exclusão por inteiro ou a derrogação de determinadas regras, caso as partes prefiram, mesmo na hipótese de contratos de compra e venda internacional de mercadorias, aplicar as disposições contidas no Código Civil.

Nesse contexto, dentre os variados temas tratados pela Convenção, abordar-se-á o da exclusão de responsabilidade por violação contratual, previsto de forma específica no artigo 79 da mesma. Dessa forma, por meio de análise de casos concretos e de doutrina sobre o tema, objetiva-se apresentar as principais dicussões acerca da referida matéria, suas características, peculiaridades e desdobramentos trazidos pela Convenção de Viena de 1980.

Em suma, mostra-se necessário um estudo detalhado sobre a CISG visto que a mesma já entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, com hierarquia de lei ordinária, sendo aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadoria, em substituição ao Código Civil brasileiro. Assim, uma acurada compreensão de suas normas é relevante para que os contratantes brasileiros atuantes no mercado internacional de compra e venda de mercadorias possam acertadamente optar por quais regras seus negócios serão regidos. Esse trabalho tem como objetivo, enfim, aprofundar o estudo sobre a CISG especificamente em relação às

[5] O Brasil depositou o instrumento de adesão à CISG em 04.03.2013, mas esta só entrou em vigor, no plano externo, em 01.04.2014. Em 16.10.2014 a CISG foi promulgada, por meio do Decreto nº 8.327, passando a produzir efeitos também no plano interno. BRASIL. Senado Federal. *Decreto nº 8.327*, de 16 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

hipóteses de exoneração de responsabilidade decorrentes do inadimplemento contratual.

2. APLICABILIDADE DA CISG

Consoante o disposto em seu art. 1º[6], a CISG será aplicável quando as partes contratantes possuírem seus estabelecimentos em países distintos, isto é, quando a compra e venda de mercadorias for internacional, observado um dos seguintes critérios: (i) os países cujos estabelecimentos das partes contratantes estejam situados sejam Estados contratantes da Convenção; ou (ii) as regras de conexão levem à aplicação da lei de um Estado que seja contratante da CISG.

[6] Art. 1º da CISG: (1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

(2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.

(3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.

Versão original: *(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:*

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Ressalta-se que esses dois critérios não são cumulativos. Assim, caso os dois países sejam contratantes, a CISG será aplicável independentemente de as regras de direito internacional privado apontarem para o direito interno de um terceiro país não contratante[7]. Igualmente, mesmo que um dos países onde uma parte possui o seu estabelecimento não for um Estado contratante, a CISG será aplicável se as regras de conexão indicarem a lei doméstica de um Estado contratante[8].

Contudo, mesmo nas hipóteses de aplicação direta da CISG, as partes podem, expressamente, excluir, integral ou parcialmente, a sua aplicação nos moldes do disposto no art. 6 da CISG[9].

Nesse sentido, portanto, em se tratando de um contrato de compra e venda internacional de mercadorias envolvendo uma parte cujo estabelecimento esteja situado no Brasil e uma segunda parte cujo estabelecimento esteja situado em outro Estado contratante, a CISG será, automaticamente, o diploma jurídico aplicável para reger o contrato, no caso de as partes nada terem disposto em sentido contrário. Do mesmo modo, se as leis brasileiras forem as aplicáveis para reger um contrato de compra e venda internacional de mercadorias cujas partes contratantes tenham estabelecimentos situados em diferentes países, o regime jurídico aplicável será o da CISG no caso dessas partes não terem previsto, expressamente, o oposto.

---

[7] *Guide to CISG Article 1*: Secretariat Commentary. para. 6. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-01.html>. Acesso em: 5 mar. 2015.

[8] Ibid. para. 7.

[9] Art. 6 da CISG: As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar- lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

Versão original: *The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.*

3. ESFERA DE APLICAÇÃO DO ART. 79 DA CISG

A exclusão de responsabilidade prevista no art. 79 da CISG[10] é possível tanto na hipótese de inadimplemento (descumprimento total)

[10] Art. 79 da CISG: (1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

(2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se:

(a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e

(b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo.

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento.

(4) A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação.

(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção.

Versão original: *(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.*

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by

quanto na de adimplemento defeituoso (cumprimento defeituoso) de obrigações contratuais, seja de obrigação principal, seja de obrigação acessória[11]. Note-se que tanto o vendedor quanto o comprador da mercadoria podem valer-se da exoneração, caso haja descumprimento de alguma de suas respectivas obrigações[12]. Ademais, o art. 79 da CISG pode ser invocado para violações integrais ou parciais do contrato[13].

Nesse contexto, considerando que a CISG possui um conceito único para "violação contratual" (art. 45(1) e art. 61(1) da CISG)[14], entende-se que o abrangente conceito de "inadimplemento" constante no art. 79(1) da CISG engloba não só a violação contratual por atraso

---

the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

[11] ATAMER, Yesim M. Art. 79. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Coord.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. München: C.H. Beck, 2011. para. 8.

[12] TALLON, Denis. Art. 79. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*: The 1980 Vienna Sales Convention. Milão: Giuffrè, 1987. para. 2.4 e 2.4.2. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>. Acesso em: 31 out. 2014; SCHWENZER, Ingeborg. Art. 79. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Coord.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3rd edition, New York: Oxford University Press, 2010. para. 5; LIU, Chengwei. *Force Majeure*: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law. 2nd ed. 2005. para. 3. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html>. Acesso em: 20 nov. 2014; RIMKE, Joern. Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1999-2000. p. 214. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>. Acesso em: 14 dez. 2014.

[13] HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 4th ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009. para. 435.2; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 5; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.4.1; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 214.

[14] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 11.

mas também a por impossibilidade[15]. No entanto, a doutrina diverge quanto à aplicação das disposições do art. 79 da CISG para a hipótese de inadimplemento pela entrega de bens em desconformidade ao estipulado contratualmente (bens não conformes).

Parte da doutrina, especialmente a dos países que adotam o regime da *common law*, entende que a violação contratual devida à entrega de bens não conformes não está sujeita à exoneração de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG[16]. Isso porque a regra contida no art. 79(1) da CISG fala em "impedimento", o que denota um evento externo à parte e às mercadorias. Assim, o fato de as mercadorias serem defeituosas, isto é, não conformes, não ensejaria uma eventual exoneração de responsabilidade do vendedor[17].

Ademais, sustentam que tal regra deve ser interpretada restritivamente, de forma a não incluir nas hipóteses de exclusão de responsabilidade a violação por entrega de mercadoria não conforme, tendo em vista que a possibilidade de inclusão desta às hipóteses de exclusão de responsabilidade do art. 79(1) da CISG poderia representar uma reintrodução do princípio da culpabilidade (necessidade de provar a culpa para haver responsabilidade contratual) na Convenção, o qual deveria ser mantido afastado[18].

---

[15] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 5; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 3.

[16] NICHOLAS, Barry. Impraticability and impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In: Galston e Smit (Coord.). *International Sales:* The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Matthew Bender, Capítulo 5, 1984. p. 5-12 e 5-13. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>. Acesso em: 18 out. 2014. Ver SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 6; CISG-AC Opinion Nº. 7: Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG. Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. para. 6-7. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>. Acesso em: 18 out. 2014.

[17] NICHOLAS, Barry. Op. cit. p. 5-14. Ver CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 7.

[18] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. footnote 18; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 6.

Todavia, a maior e, ao meu ver, mais acertada parte da doutrina[19] entende que o devedor que entregou bens não conformes pode-se valer da exclusão de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG, caso preencha os requisitos elencados no dispositivo. Isso porque, considerando que (i) o dever de entregar mercadorias conformes está expresso como uma obrigação contratual na Convenção (art. 35(1) da CISG[20]); e (ii) o art. 79(1) da CISG, ao estabelecer as hipóteses de exclusão de responsabilidade, refere-se ao "inadimplemento de qualquer de suas obrigações", é lógico que a obrigação de entregar bens conformes está incluída no art. 79(1) da CISG.

Não faria sentido algum diferenciarmos a aplicabilidade ou não do art. 79(1) da CISG em função dos diferentes efeitos causados por um mesmo impedimento[21]. Assim, para determinar a possibilidade de exclusão de responsabilidade, deve ser indiferente se os bens se perderam totalmente (violação contratual por impossibilidade no cumprimento) ou se só ficaram defeituosos (violação por entrega de bens não conformes) por ocasião de um mesmo impedimento. Não é razoável que uma das partes seja exonerada de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG pela perda total da mercadoria e não seja exonerada se, pelo mesmo fato, a perda tiver sido parcial, isto é, as mercadorias tiverem se tornado defeituosas.

---

[19] CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 7; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 12; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 6; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.4.1, 2.4.2 e 2.4.2.1; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales:* The UN Convention on the International Sale of Goods. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009. para. 292 e 289a; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 3; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 214.

[20] Art. 35 da CISG: (1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida. […]

Versão original: *(1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract. […]*

[21] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 12.

É, portanto, nesse exato sentido, ou seja, o de que o disposto no art. 79(1) da CISG engloba a hipótese de violação contratual por entrega de bens não conformes, que inúmeros tribunais vêm posicionando-se[22].

4. REQUISITOS PARA A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE (ART. 79(1) CISG)

A exclusão de responsabilidade pelo inadimplemento contratual está prevista no art. 79 da CISG, o qual traduz o conceito fundamental de que o devedor será exonerado de responsabilidade caso o inadimplemento se dê pelo advento de um impedimento que não podia ser controlado[23].

A contrario sensu, a função do art. 79 da CISG é determinar sobre quem recairá a responsabilidade pelos danos causados por um fato superveniente que impediu o adimplemento contratual (*allocation of risk*). Nesse contexto, o critério básico escolhido pela Convenção é

[22] *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2012. Art. 79, para. 8. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2014; FRANÇA. *Tribunal de Commerce de Besançon*. Caso nº 97 009265. *Flippe Christian v. Douet Sport Collections*. Besançon, 19 de janeiro de 1998. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014; ALEMANHA. *OLG Zweibrücken (Appellate Court)*. Caso nº 7 U 4/03. *Milling equipment case*. Zweibrücken, 2 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040202g1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014; ALEMANHA. *Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court)*. Caso nº VIII ZR 304/00. *Powdered milk case*. Karlsruhe, 9 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014: nesse caso, o Supremo Tribunal Federal alemão não determinou a aplicação do art. 79 da CISG na hipótese de mercadorias entregues mas não conformes, deixando em aberto essa possibilidade. De qualquer forma, no fundamento da decisão, sugeriu que o art. 79 da CISG seria aplicável à hipótese de violação contratual por entrega de mercadorias não conformes ao analisar (e negar, pelos fatos concretos do caso) a possibilidade de exclusão de responsabilidade do vendedor pela entrega de leite em pó em desconformidade com o estipulado no contrato.

[23] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 10.

aquele que responsabiliza, *a priori*, o devedor da prestação, tendo em vista que ele é capaz de melhor controlar, prever ou evitar as consequências de qualquer eventual impedimento. Isso porque ele pode, por exemplo, realizar verificações periódicas em sua fábrica para evitar qualquer possível falha, além de poder tomar as medidas razoáveis de precaução ou medidas alternativas para fornecer a mercadoria e adimplir o contrato[24]. Entretanto, ressalta-se que as partes podem, de comum acordo, alterar a imputação do risco e estabelecer outras hipóteses de exclusão de responsabilidade[25], nos moldes do disposto no art. 6 da CISG.

Note-se, assim, que, pela Convenção, o devedor é o responsável pelo inadimplemento contratual relacionado àqueles impedimentos constantes de sua esfera de controle. Há casos, entretanto, que o devedor pode ser exonerado.

Consoante o disposto no art. 79(1) da CISG[26], para que haja exclusão de responsabilidade pela violação contratual é necessário que a parte prove, cumulativamente, que (a) essa violação tenha ocorrido por ocasião de um impedimento fora de seu controle; (b) esse impedimento tenha sido imprevisível no momento da conclusão do contrato; (c) esse impedimento ou suas consequências tenham sido inevitáveis ou insuperáveis; e (d) esteja presente o nexo de causalidade entre o impedimento e o inadimplemento contratual[27].

---

[24] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 44-45.

[25] LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.1; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.5.

[26] Art 79 da CISG: (1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências. […]

Versão original: *(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. […]*

[27] TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 10; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.1.

4.1. Impedimento fora do controle da parte

O primeiro requisito estabelecido pela CISG para que haja exclusão de responsabilidade é o de que o impedimento causador da violação contratual esteja fora da esfera de controle da parte. Pelo termo "impedimento", deve-se entender que são todas as circunstâncias objetivas que impediram, de fato, o cumprimento do contrato[28]. E tais circunstâncias objetivas devem estar fora da esfera de controle do inadimplente, caso contrário, ele não poderá valer-se da exclusão de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG.

Há diversas circunstâncias que são consideradas, pela prática internacional, um impedimento fora da esfera de controle da parte[29]. Tanto os desastres naturais, tais como terremoto, furacão, enchente, seca, tsunami etc, quanto os impedimentos causados pelo homem, como guerras, atos terroristas [30], greves gerais [31], embargos econômicos[32], restrições monetárias etc, são considerados clássicos exemplos de impedimentos fora do controle da parte.

---

[28] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 11; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 47.

[29] A título de exemplo, verificar listagem da *ICC Force Majeure Clause*, *ICC Publication Nº. 650*, 2003, para. 3[a] a [g]. Disponível em: <http://store.iccwbo.org/t/ICC%20Force%20Majeure%20Hardship%20Clause>. Acesso em: 18 out. 2014.

[30] Ver ERIKSEN, Eivind. Terrorism and Force Majeure in International Contracts. *Bond Law Review*, v. 16, Iss. 2, art. 7º, 2004. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol16/iss2/7/>. Acesso em: 08 jan. 2015.

[31] TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.7; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*, 1992. Art. 79, para 4.2. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>. Acesso em: 31 out. 2014; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 293; SOUTHERINGTON, Ton. Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade. In: Tuula Ämmälä (Coord.). *Private law publication series B:55. of the Faculty of Law of the University of Turku*. Turku, 2001. para. 3.2.2.1. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>. Acesso em: 08 jan. 2015.

[32] BULGÁRIA. *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*. Sentença arbitral nº 56/1995. *Coal case*. 24 de abril de 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>. Acesso em: 31 out. 2104

Entretanto, há outros exemplos de impedimentos que são considerados como pertencentes à esfera de controle, os quais não são aptos a exonerar o devedor de responsabilidade[33]: morte ou doença, corte no fornecimento de energia elétrica, quebra de uma máquina ou equipamento [34], disputas trabalhistas internas [35], insolvência [36], inadimplemento pelo seu fornecedor de matéria-prima ou de produtos manufaturados[37] etc. Isso porque, em geral, é esperado que o vendedor

(CISG-Online 435): indica que que a proibição de exportação do país do vendedor pode constituir um impedimento fora do controle da parte. O tribunal, entretanto, negou a exoneração de responsabilidade pois esse impedimento se mostrou previsível para o vendedor no momento da conclusão do contrato.

Ver também SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. nota de rodapé nº 547.

[33] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 47; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 289.

[34] SOUTHERINGTON, Ton. Op. cit. para. 3.2.2.1.

[35] SOUTHERINGTON, Ton. Loc. cit.; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 4.2.

Nota-se que "disputas trabalhistas internas de uma fábrica" é diferente de "greves gerais de um setor produtivo": o primeiro pode não ser considerado como um impedimento fora do controle da parte (não excluindo a responsabilidade) enquanto o segundo pode ser considerado como um impedimento fora da esfera de controle (excluindo a responsabilidade, caso os demais requisitos do art. 79(1) da CISG também estejam preenchidos).

[36] TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.2; SOUTHERINGTON, Ton. Op. cit. para. 3.2.2.1.

[37] ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg* (*Appellate Court*). Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261): o tribunal considerou que é do vendedor o ônus de receber a matéria-prima ou os produtos manufaturados necessários para a produção dos bens objeto do contrato de seu fornecedor. Desse modo, o inadimplemento de seu fornecedor está dentro de sua esfera de controle, não podendo alegar essa falta como um impedimento para fins do art. 79 da CISG. A única exceção considerada é a de esse fornecedor ser detentor de um monopólio do respectivo bem ou matéria-prima. Nesse caso, provando-se tal fato, o vendedor poderá ser exonerado de responsabilidade. Nas exatas palavras do tribunal: "*The delivery by one's own supplier is a part of the general risk to acquire the goods, which is, according to the typical sense of the contract, born by the Seller if the contract is not limited to a*

organize o seu negócio internamente de forma que tais eventos não o impeça de adimplir o contrato. É ele o responsável por escolher mão de obra qualificada, efetuar revisões e reparos em suas máquinas frequentemente, enfim, responsável por conduzir seu negócio de forma apropriada com o escopo de assegurar a performance contratual.

Por derradeiro, quanto ao momento do surgimento do impedimento, vale dizer que um impedimento fora da esfera de controle da parte existente antes mesmo da formação do contrato é capaz de exonerá-la de responsabilidade, desde que preenchidos, cumulativamente, os demais requisitos previstos no art. 79(1) da CISG[38].

Nesse sentido, se o vendedor (A) celebrar um contrato de compra e venda de mercadorias com o comprador (B), mercadorias essas que deverão ser entregues de navio e, durante a viagem, as mercadorias se perderem devido a um impedimento fora do controle das partes, imprevisível, inevitável e insuperável (ex.: tempestade que afundou o navio cujo carregamento era de mercadorias infungíveis), e o comprador (B), sem saber de tal fato, celebrar um contrato de revenda dessas mercadorias com o comprador (C), (B) deverá ser exonerado de responsabilidade perante (C). Isso porque, entende-se que o momento do surgimento do impedimento é indiferente: tal impedimento fora do controle que ocasionou a perda das mercadorias, mesmo sendo pré existente ao contrato celebrado entre (B) e (C), é

---

certain production or storage. The Seller is not exempted if its supplier has not delivered, even if the supplier's action was unforeseeable and a breach of contract. Such an impediment can be overcome by the Seller as long as there are replacement goods available on the market".

[38] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 49; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.3; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 12; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. para. 4. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>. Acesso em: 31 out. 2014; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 5.1-5.2; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 288-289; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 215.

suficiente para exonerar (B) de responsabilidade, desde que cumpridos os demais requisitos do art. 79(1) CISG[39].

Há quem sustente[40], por outro lado, que em certos ordenamentos jurídicos[41], a não existência do objeto contratual no momento de sua formação pode acarretar problemas relacionados à validade do contrato, a qual não é regulada pela CISG (art. 4(a) da CISG[42]). Dessa forma, se as regras domésticas imperativas determinarem a nulidade de um contrato realizado nesses termos (sem a existência de seu objeto), a interpretação do art. 79(1) da CISG no sentido de que haveria exclusão de responsabilidade mesmo para o caso de impedimento ocorrido antes da celebração do contrato seria conflitante com as disposições de direito interno, as quais impõe a nulidade contratual. Portanto, o melhor entendimento, no meu modo de ver, seria no sentido de que, no caso de haver uma disposição doméstica peremptória determinando a nulidade do contrato pela ausência do objeto contratual no momento de sua formação, o art. 79(1) da CISG não seria aplicável.

No caso do direito brasileiro, um contrato será considerado nulo se o seu objeto for impossível (art. 166, inciso II do Código

---

[39] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 4.

[40] TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.4.3.

[41] Como, por exemplo, o da França.

[42] Art. 4 da CISG: Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

(a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume; [...].

Versão original: *This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:*

(a) The validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; [...].

Civil)[43]. Destarte, se mercadorias infungíveis tiverem sido destruídas e inexistirem, assim, à época da celebração do contrato, tal negócio jurídico será nulo de pleno direito ante a impossibilidade do objeto[44] e as partes retornarão ao *status quo ante*[45]. Não há que se falar de responsabilidade civil contratual ou extracontratual se ambos os contratantes sempre agiram em consonância com a boa-fé objetiva. No entanto, se uma parte já sabia do perecimento da mercadoria ao tempo da celebração do contrato e, mesmo assim, celebrou tal contrato, causando um efetivo dano à outra parte contratante, ela será responsabilizada e deverá indenizar a outra pelos eventuais prejuízos sofridos, tendo em vista a ofensa ao princípio geral de não lesar[46].

Na prática, essa distinção interpretativa do art. 79(1) da CISG quanto ao alcance de impedimentos ocorridos antes da conclusão do contrato não será de grande utilidade no direito brasileiro. Na hipótese de perda total de mercadorias infungíveis (tal qual no exemplo supracitado), a parte ((B), no exemplo) não será responsabilizada seja pela aplicação do art. 79(1) da CISG, seja pela aplicação da regra doméstica que impõe a nulidade contratual.

Todavia, grande parte dos estudiosos da Convenção não adentra no mérito dessa discussão entendendo, consequentemente, pela aplição direta do art. 79(1) da CISG, mesmo no caso de o

---

[43] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. I, p. 407.

[44] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 420.

[45] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 541; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0004373-18.2010.8.26.0554. Relator: Desembargador Guilherme Santini Teodoro. Segunda Câmara de Direito Privado. São Paulo, 28 de janeiro de 2014.

[46] Chama-se tal comportamento de *culpa in contrahendo*, responsabilizando-se extracontratualmente a parte por ter celebrado um contrato com a consciência de que seu objeto era impossível, inexistênte.

Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. aum. e atual (Gustavo Tepedino). 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 102-103.

impedimento ocorrer antes da conclusão do contrato (e os demais requisitos deste artigo forem devidamente preenchidos).

4.2. Imprevisibilidade

Para que haja exclusão de responsabilidade pela CISG é necessário, ainda, que o impedimento seja imprevisível no momento da conclusão do contrato[47]. Assim, mesmo que um impedimento não recaia sobre a esfera de controle da parte, se ele for previsível, não haverá exclusão de responsabilidade[48].

Entende-se que, para que a previsibilidade seja aferida, de acordo com o art. 8(2) e (3) da CISG[49], deve-se levar em consideração

[47] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 50; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.3.

[48] BULGÁRIA. *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral nº 56/1995. *Coal case*. 24 de abril de 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>. Acesso em: 31 out. 2104 (CISG-Online 435): considerou-se que a proibição governamental à exportação de carvão é um impedimento fora da esfera de controle do vendedor, portanto, passível de exoneração de responsabilidade. No entanto, essa proibição já existia no momento da conclusão do contrato e, por isso, foi considerada como um impedimento previsível. Dessa forma, o tribunal arbitral não excluiu a responsabilidade do vendedor pela CISG.

HOLANDA. *Arrondissementsrechtsbank's-Hertogenbosch*. Caso nº 9981/HAZA 95-2299. *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland*. Hertogenbosch, 02 de outubro de 1998. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>. Acesso em: 31 out. 2014: o vendedor alegou que deveria ser exonerado de responsabilidade tendo em vista que foi impossibilitado de adimplir o contrato e fornecer leite em pó conforme por causa do regulamento de importação do país do comprador, Singapura. Entretanto, o tribunal entendeu que o alegado impedimento (legislação regulatória) era previsível e deveria ter sido levado em consideração pelo vendedor, tendo em vista que tal legislação já existia no momento da conclusão do contrato e o comprador a enviou ao vendedor. Dessa forma, o vendedor já deveria conhecer a legislação e ser capaz de fornecer leite em pó em conformidade com as especificações do país do comprador.

[49] Art. 8 da CISG: […]

(2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte.

o que uma pessoa razoável[50], naquelas mesmas circunstâncias e na posição do devedor, poderia ou não prever no momento da conclusão do contrato, considerando-se as práticas mercantis estabelecidas entre as partes e os usos e costumes do mercado internacional[51].

Nota-se que os eventos que podem suceder com maior frequência, tais como enchentes, terremotos, guerras, embargos, greves, incêndios etc não podem ser sempre considerados como previsíveis somente porque ocorrem frequentemente ou porque já ocorreram algum dia[52]. É fundamental estabelecer um limite para o requisito da previsibilidade do impedimento. Deve-se levar em consideração a probabilidade do impedimento acontecer no caso concreto e não em abstrato, de forma que a parte da relação contratual consiga tomar providências concretas para razoavelmente evitar o acontecimento de tal impedimento[53].

---

(3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

Versão original: *[...] (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.*

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

[50] Ver ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 8, para. 5.

[51] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para.13; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 52; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.3.

[52] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 5-6.

[53] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 51.

4.3. Inevitabilidade ou insuperabilidade do impedimento ou de suas consequências

O terceiro requisito cumulativo fixado pela CISG para que haja exclusão de responsabilidade, o qual pode ser subdividido em dois, é o de que o impedimento ou as suas consequências sejam (i) inevitáveis ou (ii) insuperáveis.

Por impedimentos ou consequências inevitáveis, entende-se que são aqueles que, não obstante todo o esforço do devedor para evitar a sua ocorrência, eles se concretizaram. A ideia é a de que o devedor não pode ficar acomodado assistindo o impedimento se perfetibilizar de modo a tornar o adimplemento contratual impossível.

Diferentemente, tem-se por impedimentos ou consequências insuperáveis aqueles que, embora já tenham ocorrido (inevitáveis), não puderam ser suplantados pelo devedor apesar de seu esforço e diligência. Ao contrário, se o impedimento ou as suas consequências, embora inevitáveis, forem superáveis, o devedor deve sempre agir rapidamente e fazer tudo o que estiver ao seu alcance para efetivamente superá-los de modo a adimplir o contrato[54].

Assim, se o impedimento destruir por completo ou danificar as mercadorias objeto do contrato, o devedor deve buscar bens substitutos para satisfazer a sua obrigação, contanto que esta seja de entregar bens fungíveis[55]. Nessa hipótese, se houver impontualidade no cumprimento do contrato em função da busca dos bens substitutos, o devedor será isento de responsabilidade pelo atraso[56]. Dessa forma, nota-se que se houver bens substitutos para satisfazer razoavelmente a obrigação e o devedor, mesmo assim, continuar inadimplente, ele não será exonerado pelo art. 79(1) da CISG, uma vez que o impedimento

[54] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 7; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 54; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.5.

[55] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 55; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 9, Example 65B; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.5.

[56] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 9, Example 65C.

não era insuperável[57]. Por outro lado, se um impedimento inviabilizar por completo o cumprimento de uma obrigação de entregar bens infungíveis, ele será insuperável, exonerando o devedor de responsabilidade[58].

Há quem entenda que o devedor deve superar o impedimento ou as suas consequências a fim de adimplir o contrato mesmo que isso implique gasto excessivo ou uma grande perda do valor original do contrato[59]. Outros autores, entretanto, defendem que há o limite da razoabilidade: se, para superar as consequências do impedimento, o devedor tiver que dispor de uma grande quantia, acarretando em um aumento de custo desarrazoado no contrato, ele não estará obrigado a adimpli-lo, podendo valer-se da exoneração de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG[60]. As hipóteses deverão ser analisadas e decididas caso a caso.

A título de exemplo, em uma arbitragem instituída perante a CCI[61], o árbitro único seguiu o segundo entendimento narrado, aquele no sentido de que a superação do impedimento ou de suas consequências não deve ser buscada a todo e qualquer custo mas, ao contrário, deve ser pautada pela razoabilidade. Assim, entendeu-se que o vendedor estaria exonerado de responsabilidade devido a um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável, qual seja, uma drástica seca na região da fábrica das

---

[57] TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.5.

[58] TALLON, Denis. Loc. cit.; ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg* (*Appellate Court*). Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261).

[59] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 14.

[60] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 56; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.4; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.5.

[61] FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral nº. 8790/2000. *Processed food case*. 01 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/008790i1.html>. Acesso em: 03 nov. 2014 (CISG-Online 1172).

mercadorias (alimentos processados). Nota-se que o comprador alegou que havia um outro vendedor localizado a uma distância de 300 km do atual vendedor, o qual poderia fornecer as mercadorias. Entretanto, o árbitro único permaneceu silente quanto à possibilidade do vendedor superar as consequências da seca (impedimento) comprando as mercadorias do outro fornecedor, exonerando-o de responsabilidade.

Em um outro caso julgado pela Corte de Apelação de Hamburgo [62], entendeu-se que o vendedor era responsável pela violação contratual (art. 79 da CISG) e que, portanto, deveria indenizar o comprador pelo contrato de compra e venda substituto celebrado com outro vendedor (decorrente do dever de mitigação de danos). O Tribunal concluiu que cabia ao vendedor inadimplente suportar os riscos de um eventual aumento de preço do contrato substituto, tendo em vista que foi ele quem deu ensejo a tal situação. Dessa forma, por mais que o preço de mercado do ferro-molibdênio chinês tenha triplicado no momento da celebração do contrato substituto, a corte entendeu que esse aumento de preço não implicou desarrazoado sacrifício para o vendedor (ainda mais porque esse setor de mercado é muito especulativo, fato este capaz de fixar o limite de razoabilidade em um patamar bastante alto), obrigando-o a arcar com essa diferença de preço entre o contrato original inadimplido e o contrato substituto.

Desse modo, portanto, a meu ver, somente nos casos em que superar o impedimento ou suas consequências mostrar-se impossível ou irrazoável é que o devedor poderá valer-se da exclusão de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG (reitera-se: desde que preenchidos todos os demais requisitos de exclusão de responsabilidade do art. 79(1) da CISG).

[62] ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg* (*Appellate Court*). Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261).

4.4. Nexo causal

Finalmente, o quarto e último requisito estipulado pela CISG para que haja exclusão de responsabilidade é o da existência de nexo causal entre o impedimento e a falha na execução do contrato. Portanto, para que o devedor seja exonerado de responsabilidade, é necessário que o impedimento fora da esfera de controle da parte, imprevisível, inevitável e insuperável seja a única e real causa da violação contratual[63].

Nesse sentido, o devedor será responsabilizado se uma outra violação contratual de sua responsabilidade for causa concorrente com o impedimento na falha da execução do contrato. Explique-se: se as mercadorias empacotadas de maneira inadequada (violação contratual – art. 35(1) da CISG) se perderem em uma tempestade (impedimento imprevisível), o devedor não será exonerado de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG, tendo em vista que houve uma violação contratual concorrente ao impedimento[64]. Na hipótese de as mercadorias perdidas serem fungíveis, o devedor deverá fornecer bens substitutos, respondendo somente pelo atraso na entrega. Mas, sendo as mercadorias perdidas infungíveis, o devedor será responsabilizado pela impossibilidade da entrega das mesmas, a não ser que ele prove que as mercadorias perder-se-iam de qualquer forma, a despeito de

[63] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 58; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.6; RÚSSIA. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration*. Sentença Arbitral nº 42/2005. *Equipment case*. 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051121r1.html>. Acesso em: 20 nov. 2014 (CISG-Online 1520).

Em sentido diverso: ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.4. Entende-se que o impedimento não precisa ser o único e exclusivo motivo da violação contratual para que o devedor possa ter sua responsabilidade excluída pelo art. 79(1) da CISG.

[64] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.6.

não terem sido embaladas corretamente. Nesse último caso, sua responsabilidade poderá ser excluída pelo art. 79(1) da CISG[65].

O mesmo ocorre no caso de violação contratual por atraso na entrega das mercadorias: o devedor não será exonerado de responsabilidade se o impedimento tiver ocorrido durante a sua mora. Isso porque, se o devedor tivesse adimplido o contrato pontualmente, não haveria que se falar no impedimento; o impedimento só impossibilitou a prestação pois ocorreu no período de mora do devedor [66] . A única forma de o devedor ser exonerado de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG, nesse caso, é provando que o atraso na entrega não possui qualquer relação com a perda das mercadorias, pois elas ter-se-iam perdido mesmo se não houvesse atraso[67].

Na situação específica de haver diversos impedimentos concorrentes e pelo menos um deles estiver fora da esfera de controle da parte, for imprevisível, for inevitável, for insuperável e for, *per se*, o causador direto da falha na execução contratual, haverá exoneração de responsabilidade do devedor pelo art. 79(1) da CISG se houver diversos. Sustenta-se que qualquer impedimento fora da esfera de controle, imprevisível, inevitável, insuperável e causador direto da falha na execução contratual já é suficiente para cumprir por completo os requisitos do art. 79(1) da CISG e exonerar o devedor de responsabilidade, sendo irrelevante o fato de haver outros impedimentos concorrentes que sejam previsíveis ou superáveis (estes, por si só, não são capazes de excluir a responsabilidade do devedor)[68].

---

[65] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.4.

[66] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59.

[67] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59.

[68] Em sentido diverso, Ingeborg Schwenzer sustenta que, no caso de diversos impedimentos concorrentes, o devedor será responsabilizado se ao menos um dos impedimentos for previsível ou evitável ou superável ou estiver dentro de sua esfera de controle, isto é, a fim de exonerar-se de responsabilidade, ele deverá provar que

4.5. Casos específicos

4.5.1. Fenômenos naturais e catástrofes

Normalmente, os chamados caso fortuito e motivo de força maior constituem um impedimento fora da esfera de controle da parte capaz de exonerá-la se for o motivo do inadimplemento[69]. São exemplos os fenômenos naturais e as catástrofes – tais como enchente, terremoto, furacão, seca, incêndio[70] e geada – as epidemias[71], os atos de guerra[72] e os ataques terroristas[73]. Todavia, para haver exoneração de responsabilidade, é necessário verificar se, naquele caso concreto, o

todos os impedimentos concorrentes são impedimentos fora de sua esfera de controle, imprevisíveis, inevitáveis, insuperáveis e diretos causadores da violação contratual (Op. cit. para. 15).

[69] Ibid. para. 16; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.6; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.7.

[70] De uma maneira geral, incêndios são considerados como caso fortuito ou como motivo de força maior, funcionando como um impedimento para fins do art. 79(1) da CISG, capaz de exonerar a parte de responsabilidade. Entretanto, é necessário sempre atentar para as peculiaridades de cada caso concreto: se um incêndio for gerado pela violação de um protocolo básico de segurança em uma fábrica do vendedor/produtor, por óbvio, esse incêndio não poderá ser qualificado como um impedimento fora de sua esfera de controle. Esse caso é diferente, contudo, de um incêndio ocorrido em uma floresta ocasionado por conta de condições climáticas adversas, tal como uma extrema e imprevisível seca, que destruiu por completo a plantação do vendedor.

Ver ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.6.

[71] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 16.

[72] SCHWENZER, Ingeborg. Loc. cit.; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal District Court*. Caso nº 06 Civ 12. *Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq case*. Nova York, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1777).

[73] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 16; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.6.

impedimento fora da esfera de controle da parte foi imprevisível e insuperável[74].

4.5.2. Intervenções estatais

De maneira geral, intervenções estatais (*fait du prince*), tais como a proibição de exportação ou importação e a exigência de licença para comercializar determinado produto, são consideradas impedimentos que recaem fora da esfera de controle da parte, aptos, portanto, a excluir a responsabilidade contratual desta[75]. Contudo, faz-

---

[74] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal District Court*. Caso nº 03 C 1154. *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co., KG*. Illinois, 06 de julho de 2004. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 925): considera-se previsível o congelamento do porto de São Petersburgo no mês janeiro, período auge do inverno. Mas esse congelamento, normalmente, não é capaz de impedir a entrada e a saída dos navios no porto. No caso concreto, entretanto, o porto congelou antes de janeiro e de uma forma bastante severa que impediu a entrada de navios, o que não ocorre geralmente. Por isso, entendeu-se que o impedimento (congelamento do porto), nessas circunstâncias, poderia ser considerado imprevisível, capaz de exonerar a parte de responsabilidade; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1997/33. *Canned oranges case*. 30 de novembro de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971130c1.html>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1412): o tribunal arbitral entendeu que a enchente era um fenômeno natural previsível naquela área pois, naquele mesmo ano, antes da conclusão do contrato, já haviam ocorrido algumas enchentes; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1996/14. *Dried sweet potatoes case*. 14 de março de 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960314c1.html>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1523): o tribunal entendeu que quando a enchente ocorre antes da conclusão do contrato, problemas na execução deste relacionados à enchente são considerados previsíveis, não sendo este um impedimento capaz de exonerar a parte; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1996/21. *"FeMo" alloy case*. 02 de maio de 1996. Disponível em: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960502c1.html>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1067): nevasca é previsível no mês de dezembro no hemisfério norte em uma região que normalmente neva. O tribunal entendeu que o vendedor não provou, de fato, que houve um motivo de força maior que impediu a performance contratual e que ele era um impedimento imprevisível. Portanto, não exonerou o vendedor do pagamento de indenização por perdas e danos.

[75] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 17; HUNGRIA. *Hungarian Chamber of Commerce and Industry of Budapest*. Sentença Arbitral nº VB 96074. *Caviar case*.

se necessário analisar a previsibilidade e a superabilidade de tais intervenções estatais para aferir se, em dado caso concreto, a parte merece ser exonerada de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG[76].

No tocante a partes que sejam "empresas estatais", há dúvidas quanto a possibilidade de alegação de intervenções estatais como impedimento para exoneração de responsabilidade[77]. O certo é que se a intervenção for oriunda de um Estado que não guarde relação com o país da estatal mas que, mesmo assim, acarrete um impedimento para a performance contratual desta, ela poderá valer-se de tal impedimento para pleitear a exclusão de sua responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG. Entretanto, se um determinado país intervir economicamente de forma a causar um impedimento para a performance contratual de uma de suas estatais, esta não poderá alegar tal intervenção para fins de exoneração de responsabilidade.

Budapeste, 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>. Acesso em: 06 jan. 2015 (CISG-Online 774): trata um embargo econômico da ONU contra a Iugoslávia como um impedimento para fins do art. 79 da CISG.

[76] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 5-6; RÚSSIA. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral nº 96/1998. 24 de novembro de 1998. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981124r1.html>. Acesso em: 07 jan. 2015 (CISG-Online 1525): o tribunal arbitra; entendeu que o comprador russo deveria ter previsto, no momento da conclusão do contrato (março de 1997), a necessidade de obtenção de uma licença a ser expedida pelo Banco Central russo quando da execução do contrato. Tal procedimento está previsto em uma regulação de julho de 1995, anterior, portanto, à conclusão do contrato. Dessa forma, o comprador russo não pode alegar tal exigência de licença como um impedimento imprevisível apto de exonerá-lo; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1993/11. *Semi-automatic weapons case*. 07 agosto de 1993. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930807c1.html>. Acesso em: 07 jan. 2015 (CISG-Online 1060): o tribunal arbitral entendeu ser o comprador responsável pela impossibilidade de adimplemento contratual por parte do vendedor, devendo indenizá-lo pelas suas perdas. Isso porque a obrigação de obtenção de aprovação para importação de armas era do comprador e esta devia ter sido levada em consideração pelo mesmo, tendo em vista que a respectiva lei que a exigia já estava em vigor há anos. Assim, concluiu-se, nesse caso concreto, que a exigência de obtenção de aprovação para importação de armas foi um impedimento previsível para o comprador, incapaz de exonerá-lo de responsabilidade.

[77] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 17.

4.5.3 Impossibilidade econômica / *Hardship*

Entende-se por impossibilidade econômica ou *hardship* a posterior e imprevisível alteração das circunstâncias econômicas de tal forma que a performance das obrigações contratuais assumidas mostra-se completamente desarrazoada e impossível de ser concretizada, se não causando extremo prejuízo a uma das partes[78]. Encontra-se a seguinte definição de *hardship* no art. 6.2.2 dos Princípios do UNIDROIT para Contratos Comerciais Internacionais[79]:

> **ARTICLE 6.2.2** Definition of hardship
> There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and
> (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
> (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
> (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
> (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.[80]

[78] Ibid. para. 30.

[79] *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010)*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2014.

[80] Tradução livre: Haverá *hardship* quando a ocorrência de certo evento alterar o equilíbrio contratual, seja aumentando o custo de performance para uma das partes, seja diminuindo o valor da prestação que uma das partes deva receber, e

(a) tal evento tenha ocorrido ou chegado ao conhecimento da parte prejudicada depois do momento de conclusão do contrato;

(b) tal evento tenha sido imprevisível no momento da conclusão do contrato pela parte prejudicada;

(c) tal evento tenha ocorrido fora da esfera de controle da parte prejudicada; e

(d) a parte prejudicada não tenha assumido qualquer risco relativo ao evento.

Embora não prevista expressamente no texto normativo da CISG, sustenta-se que a impossibilidade econômica justifica a exoneração de responsabilidade da parte inadimplente, tendo em vista que pode ser considerada como um impedimento fora da esfera de controle da parte para fins do disposto no art. 79 da citada Convenção[81]. Mas, a fim de que haja exclusão de responsabilidade por ocasião de uma impossibilidade econômica, é necessário que todos os requisitos previstos no art. 79 da CISG sejam preenchidos[82]. Todavia, nota-se que essa é uma hipótese excepcional que só deverá ocorrer em casos de excessiva onerosidade[83]. Normalmente, a parte deve arcar com os riscos inerentes ao contrato e com as flutuações padrões de preço de mercado e de valor de moeda[84].

O mesmo se aplica quando houver extrema desvalorização da moeda com base na qual o preço das mercadorias está fixado[85], enfatizando-se que tal exoneração só deverá ocorrer se essa

[81] SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 291; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. comentário 3.1; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 6.3; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 222-223 e 226.

Contudo, há quem entenda que as alterações de circunstâncias econômicas (*hardship*) não podem ser consideradas como impedimento para fins do disposto no art. 79 da CISG, pois defendem a liguagem restritiva do art. 79 da CISG para a hipótese de exoneração de responsabilidade. Ver ITÁLIA. *Tribunale Civile di Monza* (*District Court*). Caso nº R.G. 4267/88. *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*. Monza, 14 de janeiro de 1993. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 540).

Sobre a discussão ver: TALLON, Denis. Op. cit. para. 3.1-3.2.

[82] HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2.

[83] SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 291; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 39.

[84] CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 39; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 289a.

[85] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2.

desvalorização ultrapassar o chamado "limite do sacrifício", remontando a uma onerosidade extremamente excessiva para uma das partes [86]. Nota-se, portanto, que meras alterações de preços ou flutuações de mercado não remontam a um impedimento capaz de exonerar uma parte de responsabilidade[87]. Assim, de uma forma geral, tem-se que a parte deve suportar alterações de, pelo menos, três vezes o valor de mercado em transações especulativas[88], por tais flutuações serem consideradas previsíveis[89].

[86] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 38.

[87] CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 39.

[88] ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg* (*Appellate Court*). Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261): o tribunal considerou que o aumento de três vezes do preço do ferro-molibdênio chinês não acarretaria em um sacrifício desarrazoado para o vendedor, o que não remontaria a um impedimento para fins do disposto no art. 79(1) CISG (ainda mais porque esse setor de mercado é muito especulativo, fato este capaz de fixar o limite de razoabilidade em um patamar bastante alto), obrigando-o a arcar com essa diferença de preço entre o contrato original inadimplido e o contrato substituto; FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral nº 6281/1989. *Steel bars case*. 26 de agosto de 1989. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 8): o tribunal arbitral entendeu que o aumento de aproximadamente 13% no preço do aço não era uma alteração de circunstância imprevisível ou excessiva a fim de caracterizar um impedimento para fins do art. 79 da CISG (embora o tribunal tenha afastado a aplicação da Convenção no caso concreto, considerou-se a hipótese de aplicação apenas para fins argumentativos); ITÁLIA. *Tribunale Civile di Monza* (*District Court*). Caso nº R.G. 4267/88. *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*. Monza, 14 de janeiro de 1993. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 540): não obstante o fato de o tribunal não ter aplicado a CISG, argumentou-se que, ainda que esta fosse aplicável, a variação de quase 30% do preço do ferro cromado não seria suficiente para caracterizar uma onerosidade excessiva do contrato de forma a impossibilitar a performance contratual; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30.

[89] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral nº 6281/1989. *Steel bars case*. 26 de agosto de 1989. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 8).

Desse modo, as posteriores e imprevisíveis alterações nas circunstâncias econômicas que remontarem a uma onerosidade excessiva, impedindo a parte de adimplir a sua obrigação contratual sem que lhe sejam causados excessivos prejuízos, são consideradas impedimentos para fins do art. 79(1) da CISG. Consequentemente, a parte prejudicada será exonerada de responsabilidade por perdas e danos, considerando o preenchimento de todos os demais requisitos previstos no art. 79(1) da CISG. Contudo, a outra parte poderá valer-se dos demais remédios previstos na Convenção, com a ressalva da execução específica do contrato (ver item 8 deste trabalho).

Por fim, cumpre anotar que não se deve adotar os remédios estipulados na legislação doméstica de cada país, tal qual a imposição de revisão contratual para reajustar o seu equilíbrio econômico. Isso porque, em alguns países, a teoria do *hardship* não foi incorporada. Assim, caso se recorresse, obrigatoriamente, aos remédios previstos em legislações locais, não haveria a aplicação do direito uniforme previsto pela Convenção, a qual impõe como única consequência da impossibilidade econômica a exoneração de responsabilidade por perdas e danos com a conseguinte extinção do contrato[90]. Contudo, nada impede de as partes, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva e o ânimo de manter uma boa relação negocial (*goodwill*), renegociarem o contrato[91].

[90] HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 219-220 e 227.

[91] CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 40; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 227; SCHWENZER, Ingeborg. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 39, 2008, p. 722-723. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2015.

5. RESPONSABILIDADE POR TERCEIROS SUBCONTRATADOS (ART. 79(2) CISG)

Em alguns casos, pode ser que o devedor queira ou precise se valer de terceiros para executar total ou parcialmente o contrato. É muito comum, por exemplo, que o contratado necessite subcontratar terceiros para poder produzir e fornecer a mercadoria final. Para essa hipótese em que há violação contratual decorrente de algum evento atrelado ao terceiro envolvido na cadeia produtiva, o art. 79 da CISG traz uma regra específica de exclusão de responsabilidade do contratante.

De acordo com o disposto pelo art. 79(2) da CISG[92], se o inadimplemento do devedor for devido à falta de cumprimento do terceiro por ele incumbido da execução total ou parcial do contrato, sua exclusão de responsabilidade só será possível se ele provar, cumulativamente, que (i) ele mesmo está exonerado de responsabilidade, tendo em vista que cumpriu todos os requisitos elencados no art. 79(1) da CISG (a violação contratual ocorreu por causa de um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável); e (ii) o terceiro subcontratado também

[92] Art. 79 da CISG: […]

(2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se:

(a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e

(b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo. [...]

Versão original: *[...]*

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him. [...]

estaria exonerado de responsabilidade se os requisitos previstos no art. 79(1) da CISG fossem aplicáveis a ele (o impedimento causador da violação contratual também estava fora da esfera de controle, era imprevisível, inevitável e insuperável para o terceiro subcontratado).

A grande questão está em saber quem são os considerados "terceiros incumbidos da execução total ou parcial do contrato" pelo art. 79(2) da CISG. A depender da resposta, dever-se-á aplicar o art. 79(1) ou o art. 79(2) da CISG[93]. Nos casos em que o art. 79(2) da CISG é o aplicável, torna-se mais difícil para o devedor exonerar-se de responsabilidade, tendo em vista que ele deverá provar o preenchimento de cada requisito do art. 79(1) da CISG não só em relação a si mesmo como também em relação ao terceiro, do que nos casos de aplicação direta do art. 79(1) da CISG, em que ele deverá comprovar o preenchimento de cada requisito do artigo somente em relação a si mesmo[94].

5.1. Noção de terceiro subcontratado

Pode-se identificar três grandes grupos de "terceiros" *lato sensu*: (a) os empregados da parte; (b) aqueles que fornecem os meios necessários à parte, de forma a possibilitar a execução contratual (são, por exemplo, os fornecedores de mercadorias, de bens semimanufaturados e de matéria-prima); e (c) os subcontratados incumbidos de executar diretamente total ou parcialmente o contrato[95]. No entanto, o conceito de "terceiro" constante no art. 79(2)

[93] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 61.

[94] CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 16, 20 e 21; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 61; GARRO, Alejandro M. *Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7).* 2005. para. II.2. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html#editorial>. Acesso em: 20 nov. 2014; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 39.

[95] ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2.

da CISG deve ser interpretado restritivamente, somente no sentido de "terceiros incumbidos da execução total ou parcial do contrato"[96].

Assim, obviamente, aqueles que trabalham diretamente para o devedor e estão dentro de sua esfera de controle, sendo, portanto, empregados, sem possuir qualquer contato com o credor, não estão incluídos no conceito de terceiros do art. 79(2) da CISG. O devedor responde por quaisquer falhas cometidas por eles segundo os critérios do art. 79(1) da CISG[97].

Do mesmo modo, fornecedores gerais de mercadorias, de bens semimanufaturados ou de matéria-prima estão excluídos do escopo do art. 79(2) da CISG, por não serem considerados terceiros subcontratados para executar total ou parcialmente o contrato[98]. Defende-se essa tese pois, em geral, na cadeia produtiva de um vendedor de mercadorias, sempre haverá um simples fornecedor de produtos ou de matéria-prima. É muito raro que o devedor domine todas as etapas de produção da mercadoria. Assim, qualificar um simples fornecedor de matéria-prima, de bens semimanufaturados ou de mercadoria, a quem não foi especialmente confiada a execução do

[96] HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 22.

[97] CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 17; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 34; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 293; SOUTHERINGTON, Ton. Op. cit. para. 3.2.2.1.

[98] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 12; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para.18; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 37; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 62 e 64; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.3; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2; RÚSSIA. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral nº 155/1994. *Metallic sodium case*. 16 de março de 1995. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>. Acesso em: 07 jan. 2015: o tribunal arbitral entendeu que a recusa de um terceiro em fornecer bens manufaturados ou matéria-prima para a parte contratante não constitui um impedimento fora da esfera de controle desta capaz de exonerá-la de responsabilidade nos termos do art. 79(1) da CISG.

contrato, como um terceiro para fins do art. 79(2) da CISG, seria afirmar que um contrato de compra e venda internacional de mercadorias sempre dependerá do envolvimento de terceiros subcontratados, exterminando-se, praticamente, a aplicabilidade direta do art. 79(1) da CISG[99].

Assim, a fim de que o devedor seja exonerado de responsabilidade, ele deve provar o preenchimento cumulativo de todos os requisitos do art. 79(1) da CISG somente em relação a si, isto é, que o impedimento causador do inadimplemento contratual, mesmo estando relacionado ao fornecedor de matéria-prima ou de bem semimanufaturado (ex.: embargo econômico no país do fornecedor proibindo a venda da matéria prima que o devedor necessita para cumprir seu contrato com o credor), era imprevisível, inevitável e insuperável para ele, devedor[100 e 101].

Ressalta-se que a simples alegação do devedor de que o inadimplemento contratual decorreu de uma falha que não foi sua mas sim de seu fornecedor não é capaz de exonerá-lo de responsabilidade, tendo em vista que o fornecedor está dentro de sua esfera de controle [102]. Por isso, é difícil para o devedor demonstrar o

[99] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 65.

[100] O devedor não precisa provar o preenchimento dos requisitos do art. 79(1) da CISG em relação ao fornecedor pois este não está incluído no conceito de terceiros presente no art. 79(2) da CISG. Assim, ainda que o impedimento fosse previsível, evitável ou superável para o fornecedor de matéria-prima, o devedor estaria exonerado de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG tendo em vista que não era previsível, evitável nem superável para ele, devedor.

[101] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 65; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 18; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 37.

[102] ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg* (*Appellate Court*). Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261): o tribunal considerou que a falha na entrega de um fornecedor de matéria-prima ou produtos manufaturados está dentro da esfera de controle do vendedor, não podendo este alegar essa falta como um impedimento para fins do art. 79(1) da CISG. A única exceção considerada é a de esse fornecedor ser detentor de

preenchimento do primeiro requisito do art. 79(1) da CISG (impedimento fora do controle da parte). Ele poderá exonerar-se de responsabilidade se comprovar, por exemplo, que aquele fornecedor detinha um monopólio ou que os outros fornecedores não estavam disponíveis no mercado devido a um determinado evento extraordinário e imprevisível (ex.: guerras, embargos, destruição da fábrica etc)[103].

Não obstante o fato de os fornecedores gerais de mercadorias, de bens semimanufaturados ou de matéria-prima não serem considerados terceiros para fins do art. 79(2) da CISG e de, portanto, a regra de exclusão de responsabilidade no caso de falha dos fornecedores ser a constante do art. 79(1) da CISG, ilumina-se que, na prática, alguns julgados não tão técnicos acabam por aplicar o art. 79(2) da CISG[104] ou, até mesmo, aplicar o art. 79 da CISG de forma genérica, sem adentrar na discussão de qual parágrafo seria o aplicável (1º ou 2º).

Finalmente, os contratados para executar diretamente o contrato perante o credor, total ou parcialmente, estão incluídos dentro do conceito do Art. 79(2) da CISG[105]. É necessário que haja um vínculo (*organic link*) entre o contrato com o terceiro e o contrato

---

um monopólio do respectivo bem ou matéria-prima, caso em que o vendedor poderia ser exonerado de responsabilidade; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 24-25; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 60; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

[103] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 37; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 25; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.3.

[104] FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral nº 8128/1995. *Chemical fertilizer case*. 1995. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>. Acesso em: 09 jan. 2015 (CISG-Online 526).

[105] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 19; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.2; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2.

principal: o terceiro deve executar diretamente parte do contrato principal e deve ter ciência que sua performance será necessária para a execução final do contrato principal[106]. Eles são, portanto, terceiros juridicamente independentes[107] incumbidos de executar diretamente pelo menos parte do contrato, contratados somente por uma das partes, a qual não é capaz de controlá-los[108]. São exemplos destes os transportadores independentes contratados para entregar as mercadorias no local acordado pelas partes[109], os bancos incumbidos de realizar as transferências de valores, as sociedades incumbidas da instalação da máquina em uma das fábricas do credor etc[110].

---

[106] TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434.

[107] Se o "terceiro" for uma filial da sociedade, ele não será considerado como tal para fins do art. 79(2) da CISG. A regra de exoneração de responsabilidade aplicável a esse caso será a constante no art. 79(1) da CISG. Contudo, a fim de exonerar-se de responsabilidade, será extremamente difícil para o devedor provar, no caso concreto, o preenchimento do primeiro requisito do art. 79(1) da CISG (impedimento fora da esfera de controle da parte), tendo em vista que a filial estará dentro de sua esfera de controle.

Ver TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2. Sustenta-se que basta a independência jurídica (e não a econômica) para alguém ser caracterizado como terceiro consoante o art. 79(2) da CISG. Assim, as filiais de uma determinada sociedade não podem ser caracterizadas como terceiro, mas diferentes sociedades pertencentes a um mesmo grupo econômico podem (possuem personalidade jurídica distintas, isto é, autonomia jurídica, embora possam ser dependentes umas das outras economicamente).

[108] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.2; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2.

[109] O devedor só poderá ser eventualmente responsabilizado por uma falha no transporte pela transportadora independente contratada se ele tiver se obrigado contratualmente pelo transporte. Caso ele não tenha se obrigado a entregar as mercadorias em dado local (art. 31(a) da CISG), o inadimplemento da transportadora não será oponível a ele, devedor, não havendo que se falar em exclusão de responsabilidade pelo art. 79 da CISG. Conferir SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 34.

[110] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63.

5.2. Hipótese de exclusão de responsabilidade

A fim de que o devedor possa ser exonerado de responsabilidade nos casos em que o inadimplemento é decorrente de uma falha na execução total ou parcial do contrato por um terceiro, compreendido sob o escopo do art. 79(2) da CISG, todos os requisitos do art. 79(1) da CISG devem ser preenchidos cumulativamente tanto pelo devedor quanto pelo terceiro contratado[111]. Portanto, a regra do art. 79(2) da CISG é mais severa do que a do art. 79(1) da CISG, estendendo a responsabilidade do devedor para as falhas cometidas pelo terceiro contratado como se falhas suas fossem[112].

Todavia, ressalta-se que se o credor impuser ao devedor a contratação de um determinado terceiro (um dado banco ou transportadora, por exemplo), o devedor não será responsabilizado por qualquer falha cometida por esse terceiro selecionado pelo credor (estava fora de sua esfera de controle)[113]. Isso porque não faz sentido responsabilizar o devedor pela falha de um terceiro que não foi escolhido com base na sua vontade mas sim pela imposição do credor. Nesse caso, deve-se aplicar o art. 80 da CISG[114], o qual dispõe que

---

[111] Ibid. para. 61; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 16 e 20; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 39; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7 e 2.7.2; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

[112] GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.4; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 20; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 39; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

[113] CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 18 e 20; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 36; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 66; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

A favor de manter o devedor responsável mesmo na hipótese de imposição de um determinado terceiro pelo credor: TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1.

[114] Art. 80 da CISG: Uma parte não poderá alegar o descumprimento da outra, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por ação ou omissão da primeira parte.

Versão original: *A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.*

uma parte não pode valer-se do descumprimento da outra caso ela mesma tenha, por ação ou omissão, dado causa ao descumprimento. Nota-se, no entanto, que a simples aprovação pelo credor do terceiro escolhido pelo devedor não é suficiente para aplicar o art. 80 da CISG e excluir a responsabilidade do devedor[115].

Por fim, no caso de haver um terceiro detentor de um monopólio incumbido de executar total ou parcialmente o contrato, o devedor não será responsabilizado por uma eventual falha deste se ele tiver informado o credor, no momento da conclusão do contrato, sobre a situação monopolística a qual ele está submetido[116]. Isso porque o devedor terá limitado a sua responsabilidade ao informar tal situação ao credor no momento da conclusão do contrato. Entretanto, caso o devedor não informe o credor acerca do monopólio, ele será responsável por quaisquer falhas na execução contratual que venham a ocorrer, independentemente destas terem sido causadas pelo terceiro monopolista[117].

6. IMPEDIMENTOS TEMPORÁRIOS (ART. 79(3) CISG)

É importante apontar que, consoante o disposto no art. 79(3) da CISG[118], a parte só estará exonerada de responsabilidade pelo não

[115] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 66.

[116] Ibid. para. 67; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op. cit. para. 20.

Em sentido diverso, Ingeborg Schwenzer sustenta que é indiferente, para aplicação do art. 79(2) da CISG, a existência de monopólio por parte do terceiro, pois tal artigo não está baseado na ideia de que o devedor só é responsável pelas suas escolhas, mas sim na ideia de que uma divisão na execução contratual a qual o devedor se obrigou por completo, por meio de contratação de um terceiro, ainda que em monopólio, não pode ser revertida em benefício para o devedor, excluindo a sua responsabilidade. (Op. cit. para. 36).

[117] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 67.

[118] Art. 79 da CISG: [...]

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento. [...]

cumprimento enquanto perdurar o impedimento. Passados tal impedimento temporário e seus efeitos, o devedor deverá cumprir a obrigação contratual, exonerando-se de responsabilidade somente pelo consequente atraso[119].

No entanto, caso esse atraso remonte a uma violação essencial do contrato (*fundamental breach*), a exoneração de responsabilidade não impede que a outra parte rescinda o contrato[120] nos moldes do disposto no art. 49(1)[121] ou no art. 61(1)[122] da CISG e no art. 25 da

---

Versão original: *[...] (3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. […]*

[119] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 41; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 87; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 13; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10.4; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.1; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 9.

[120] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 14: caso, por exemplo, a fábrica do devedor tenha sido destruída por um incêndio e este tenha ficado impedido de adimplir tempestivamente o contrato, ele será exonerado de responsabilidade pelo disposto no art. 79(1) da CISG. No entanto, pelo o que se depreende da norma do art. 79(3) da CISG, o devedor permanecerá obrigado a adimplir o contrato assim que o impedimento e os seus efeitos passarem, como, por exemplo, quando sua fábrica for reconstruída e voltar à sua produção normal. Todavia, caso tais efeitos do impedimento demorem muito a passar (ex.: fábrica demorou 2 anos para ser reconstruída), tal significativo atraso no cumprimento contratual amontará em uma violação substancial, permitindo que quaisquer das partes rescinda o contrato; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 87; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 41; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.1.

[121] Art. 49 da CISG: (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido:

(a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou [...]

Versão original: *(1) The buyer may declare the contract avoided:*

(a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or […]

[122] Art. 61 da CISG: (1) Se o comprador não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o vendedor poderá:

(a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65;

(b) exigir a indenização das perdas e danos previstos nos artigos 74 a 77. […]

Versão original: *(1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the*

CISG [123] . Isso porque o art. 79(5) da CISG estabelece que a exoneração de responsabilidade prevista no art. 79(1) e (2) da CISG só exonera a parte inadimplente de arcar com as perdas e danos, mas não exclui o direito da outra de valer-se de outros remédios previstos na Convenção, tal qual a rescisão contratual.

A grande questão, não tratada expressamente pela CISG, é a de até quando e sob quais circunstâncias o devedor ficará obrigado a cumprir o contrato, isto é, até quando e sob quais circunstâncias ele ficará obrigado a esperar o impedimento ou os seus efeitos passarem para, depois, adimplir as suas obrigações contratuais. Não seria razoável afirmar que o devedor ficaria obrigado *ad eternum*.

A melhor doutrina professa que se a execução contratual tornar-se extremamente onerosa para o devedor quando do desaparecimento do impedimento ou de seus efeitos que perduraram bastante tempo, transformando a execução contratual em um sacrifício desarrazoado, este não estará obrigado a adimplir o contrato, podendo rescindi-lo [124] . Sustenta-se, então, a aplicação analógica da regra prevista no art. 74(2) da ULIS, a qual dispõe que[125]:

---

contract or this Convention, the seller may:

(a) exercise the rights provided in articles 62 to 65;

(b) claim damages as provided in articles 74 to 77. [...]

[123] Art. 25 da CISG: A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.

Versão original: *A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.*

[124] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 88; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 42; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.1; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 9.

[125] Tal tese é sustentada tendo como base a interpretação histórico-legislativa conferida ao art. 79(3) da CISG. Ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 88; NICHOLAS, Barry. Op. cit. p. 5-17 e 5-18.

> Where the circumstances which gave rise to the non-performance of the obligation constituted only a temporary impediment to performance, the party in default shall nevertheless be permanently relieved of his obligation if, by reason of the delay, performance would be so radically changed as to amount to the performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract. (grifos acrescentados)[126]

Assim, portanto, se houver uma real transformação da natureza da obrigação contratada após o desaparecimento do impedimento, o devedor não estará mais obrigado a cumpri-la, podendo-se valer da rescisão contratual[127].

7. DEVER DE INFORMAR (ART. 79(4) CISG)

A parte inadimplente tem o dever de informar a outra parte, dentro de um prazo razoável, sobre a ocorrência do impedimento e suas consequências, de forma a possibilitar que esta, ciente do impedimento, tome as medidas necessárias para mitigar eventuais danos ou decida por rescindir o contrato [128]. Tal regra está

[126] Tradução livre: Quando as circunstâncias que deram ensejo ao inadimplemento mostrarem-se ser temporárias, a parte inadimplente deve ser permanentemente exonerada de responsabilidade caso, devido a esse atraso, a natureza da obrigação tiver sido radicalmente alterada de forma a estar substancialmente distinta da que foi contratada.

[127] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 88. Ver, a título de exemplo, o disposto no ICC Force Majeure Clause. Op. cit. parágrafo 8: quaisquer das partes têm o direito de rescindir o contrato quando o tempo de duração do impedimento ou de suas consequências privar uma ou ambas do que elas podiam razoavelmente esperar do contrato.

[128] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 95; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 43; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

expressamente prevista no art. 79(4) da CISG[129] e traduz o dever de mútua cooperação das partes[130].

A fim de que a parte seja bem informada e possa conscientemente optar pela rescisão contratual ou tomar as devidas e razoáveis medidas de mitigação de danos[131], a notificação deve conter informações detalhadas sobre o tipo de impedimento ocorrido e seus efeitos, tais como se é temporário, se atinge parcialmente ou totalmente a obrigação, se o devedor pode superar tal impedimento ou suas consequências por meio de uma transação substituta etc[132].

---

[129] Art. 79 da CISG: [...]

(4) A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação. [...]

Versão original: *[...] (4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt. […]*

[130] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 43.

[131] A parte credora da obrigação inadimplida tem o dever de mitigar eventuais danos sofridos. Ela não pode assistir a sua situação se agravar sem tomar qualquer medida razoável para revertê-la minimamente e depois pedir indenização total do inadimplente. Tal dever está expressamente previsto no art. 77 da CISG.

Art. 77 da CISG: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, inc1uídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Versão original: *A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.*

[132] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 95; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 44; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

Vale dizer que o dever de informar do inadimplente surge no momento em que ele tomou ou deveria ter tomado conhecimento do impedimento[133]. Porém, se a outra parte já tiver tomado conhecimento do impedimento por outros meios que não a notificação do inadimplente, este estará exonerado do dever de informar. Isso porque a lógica da notificação é justamente levar o impedimento ao conhecimento da outra parte para que ela possa agir mitigando eventuais danos e tomar a decisão de, se for o caso, rescindir o contrato. Ora, se a parte já possui o conhecimento do impedimento e de seus efeitos, ela é quem deve agir prontamente mitigando eventuais danos, sem que se faça necessária a notificação da parte inadimplente[134]. Entretanto, recomenda-se que o devedor, por cautela, notifique a outra parte acerca da ocorrência do impedimento, mesmo que ela esteja ciente[135].

O art. 79(4) da CISG não estabelece nenhum requisito formal para a notificação[136]. No entanto, é necessário que a comunicação chegue, de fato, à outra parte[137]. Caso a comunicação não chegue à

---

[133] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

[134] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 46.

[135] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 46.

[136] Ibid. para. 45; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96.

[137] Nota-se que, neste caso específico, não se aplica a regra geral prevista no art. 27 da CISG.

Art. 27 da CISG: Salvo disposição expressa em contrário nesta Parte da Convenção, se qualquer notificação, pedido ou outra comunicação for feita por uma das partes de conformidade com esta Parte da Convenção, por meios adequados às circunstâncias, o atraso ou erro na transmissão de ou o fato de não ter chegado a seu destino não prejudicará o direito desta parte de valer-se da referida comunicação.

Versão original: *Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.*

outra parte, o inadimplente será responsabilizado pela falta de comunicação[138].

A consequência da falta de comunicação ou da comunicação tardia é a responsabilização do inadimplente pelos danos desta decorrentes. O credor terá o direito de ser reembolsado pelas perdas e danos resultantes de prejuízos que não teriam ocorrido se ele tivesse sido informado razoavelmente a tempo acerca do impedimento e de suas consequências[139]. Ou seja, se o comprador pudesse ter realizado uma transação substituta como meio de mitigação de danos para adimplir o contrato com seu cliente, no caso de ter sido devidamente notificado, mas não realizou pois não foi notificado tempestivamente sobre impedimento, o devedor será responsabilizado pela perda desse cliente. Contudo, nota-se que a falta de comunicação não afeta a exclusão de responsabilidade do art. 79(1) ou 79(2) da CISG[140].

Por fim, o devedor somente não responderá pelas perdas e danos derivados da falta de comunicação se provar uma das duas hipóteses: (i) a outra parte tinha conhecimento do impedimento e de seus efeitos mesmo sem a devida comunicação; ou (ii) não lhe afigurava possível enviar a notificação por força de um impedimento[141].

---

[138] SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 296; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 45; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 16; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 11; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; DIMATTEO, Larry A. et al. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. *Northwestern Journal of International Law and Business*, v. 34, Winter, 2004, p. 424. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo3.html#vi>. Acesso em: 14 dez. 2014.

[139] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 97; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 47; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

[140] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 97; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 47; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 15; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8.

[141] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 48; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 98; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8.

8. CONSEQUÊNCIA LEGAL DA EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE (ART. 79(5) CISG)

O único efeito da exclusão de responsabilidade contratual do devedor pela CISG, à luz do disposto no art. 79(5) da CISG[142], é a exoneração ao pagamento de indenização a outra parte a título de perdas e danos[143]. Nota-se que essa exoneração ao pagamento de perdas e danos ocorrerá nos limites do efeito do impedimento que deu ensejo à exclusão de responsabilidade. Desse modo, no caso de impedimentos temporários ou parciais, o inadimplente não precisará indenizar a outra parte apenas no que for tocante à sua mora[144].

A CISG, propositadamente, deixou em aberto a possibilidade de exoneração do pagamento de indenizações fixadas no contrato, isto é, de multas contratuais[145]. Há quem entenda que essa matéria deve ser regulada pelas leis internas de cada país, tendo em vista que a

---

[142] Art. 79 da CISG: [...]

(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção.

Versão original: *[…] (5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.*

[143] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 2 e 8; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.9; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 13; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 49.

[144] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 13-14; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 49; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.2; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10.3.

[145] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 15; ALEMANHA. *OLG Hamburg* (*Appellate Court Hamburg*). Caso nº 12 U 39/00. *Café inventory case.* Hamburgo, 25 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080125g1.html>. Acesso em: 07 jan. 2015 (CISG-Online 1681): embora o tribunal tenha reconhecido a polêmica existente em relação à aplicabilidade da CISG aos casos de exclusão de multa contratual ou à necessidade de recurso a alguma lei doméstica, optou por não se posicinar, nesse caso concreto, pois tanto pela CISG quanto pela lei doméstica alemã, o vendedor não estaria exonerado de responsabilidade, tendo que arcar não só com as perdas e danos, como também com a multa contratual. Assim, qualquer que fosse o caminho adotado pelo tribunal (CISG aplicável ou lei doméstica alemã aplicável), a multa contratual não seria excluída.

CISG não a regula[146]. Todavia, outros entendem que, a fim de se verificar se deve ou não haver exclusão da indenização contratualmente fixada, é necessário analisar e interpretar o contrato como um todo: no caso da multa contratual estar fixada em adição às perdas e danos, não deverá haver a sua exclusão pelo art. 79 da CISG, mas somente das perdas e danos; no caso da multa contratual estar fixada em substituição às perdas e danos, esta deverá ser excluída tal qual as perdas e danos seriam à luz do disposto no art. 79 da CISG[147].

Com efeito, qualquer outro direito previsto na Convenção, que não o de pleitear perdas e danos, pode ser exercido pela parte, ainda que a outra seja exonerada de responsabilidade pelo art. 79 da CISG. Nesse sentido, o credor da obrigação inadimplida ainda possui o direito de rescindir o contrato, de requerer a execução específica do contrato, de solicitar uma redução no preço da mercadoria ou de receber os juros correspondentes[148].

Mesmo com a ocorrência de um impedimento fora da esfera de controle do devedor, imprevisível, inevitável e insuperável, caso a

---

[146] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 9; Ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 15.

[147] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 15; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 51; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10.1.

[148] *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 8; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 55-56; FLECHTNER, Harry. Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods. *Pace International Law Review*, White Plains, v. 19, Spring, 2007, p. 42. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=pilr>. Acesso em: 30 dez. 2014; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.2-435.6; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.1–13.6; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. III.2.

Para uma crítica a essa disposição constante do art. 79(5) da CISG, ver: TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10. Defende-se que alguns remédios se tornam inúteis e contraditórios dependendo dos efeitos do impedimento. Por exemplo, se, por conta do impedimento, houver perda total de determinado bem infungível, não há que se falar em execução específica do contrato, ainda que o art. 79(5) da CISG permita que a parte se valha desse direito.

violação contratual remonte a uma violação essencial, a outra parte permanece com o direito de rescindir o contrato nos moldes dos art. 49(1), art. 61(1) e art. 25 da CISG[149]. Tal manutenção do direito de rescisão contratual mostra-se extremamente relevante, por exemplo, na hipótese de um impedimento temporário atrasar a entrega da mercadoria, tornando-a desnecessária ou inútil ao fim a que se destina[150]. Nesse caso, tendo em vista a violação essencial do contrato, não interessa à parte receber as mercadorias depois de ultrapassado tal impedimento, mas sim rescindir o contrato.

Um outro direito da parte que também não é excluído com a exoneração de responsabilidade regulada pelo art. 79 da CISG é o direito de requerer a execução específica do contrato. Tal direito está expressamente previsto nos art. 46(1) da CISG[151] (para o comprador) e art. 62 da CISG[152] (para o vendedor). Destaca-se que é possível

[149] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 40.

[150] A título de exemplo, cita-se o clássico caso de um vestido de noiva que, devido a determinado impedimento fora da esfera de controle do devedor, imprevisível, inevitável e insuperável, não foi entregue no prazo contratualmente estipulado, mas somente poderia ser entregue após o casamento. Evidente é que essa violação contratual por atraso na entrega da mercadoria é uma violação essencial do contrato, privando substancialmente a parte do resultado que ela poderia esperar do contrato: receber o seu vestido de noiva antes do dia de seu casamento para que ela pudesse utilizá-lo em tal data. Nesse sentido, embora o devedor prove que está exonerado de pagar a indenização a título de perdas e danos consoante o disposto no art. 79 da CISG, a credora permanece com o direito de rescindir o contrato nos moldes do art. 49(1) da CISG.

[151] Art. 46 da CISG: (1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência. [...]

Versão original: *(1) The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement. […]*

[152] Art. 62 da CISG: O vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

haver execução específica tanto no caso de impedimentos totais quanto parciais (art. 51(1) da CISG[153])[154].

Obviamente, se o impedimento der ensejo à perda total de mercadoria infungível, não há que se falar em execução específica do contrato[155]. Todavia, se a mercadoria que se perdeu for fungível, poderá haver execução específica do contrato, de forma que essas mercadorias sejam substituídas[156]. Poder-se-á promover a execução específica do contrato, também, no caso de não haver perda das mercadorias, mas sim um mero atraso na entrega das mesmas. Nessa última hipótese, superado o impedimento temporário que deu ensejo ao atraso, o credor poderá exigir a execução específica[157].

Finalmente, há corrente de entendimento no sentido de que a execução específica do contrato também é cabível na hipótese de o impedimento ter acarretado uma onerosidade excessiva para a parte[158].

Versão original: *The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.*

[153] Art. 51 da CISG: (1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme. [...]

Versão original: *(1) If the seller delivers only a part of the goods or if only a part of the goods delivered is in conformity with the contract, articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform. [...]*

[154] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 28.

[155] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 53; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.6; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.5; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10. e 2.10.2.

[156] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 22.

[157] Ibid. para. 22 e 27; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 9, Exemplo 65B e C.

Essa mesma lógica é aplicável ao caso de atraso no pagamento do preço pelo comprador da mercadoria. Caso este seja obstado de pagar o preço por ocasião de um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável, o vendedor terá o direito de requerer a execução específica do contrato, ainda que o comprador esteja exonerado de pagar indenização a título de perdas e danos pelo atraso. Ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 23.

[158] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 54.

Entretanto, ressalta-se que permitir a execução específica a todo e qualquer custo, sem limite algum, poderá acabar por prejudicar substancialmente a lógica da exoneração de responsabilidade do art. 79 da CISG[159]. Nesse sentido, defende-se que seria contraditório, em caso de *hardship*, exigir a execução específica do contrato, considerando a impossibilidade econômica de tal medida. Portanto, dever-se-ia facultar às partes a renegociação do contrato a fim de reestabelecer o seu equilíbrio econômico-financeiro[160], embora tal medida não seja prevista nem obrigatória pela CISG.

A parte pode, ainda, mesmo no caso de o inadimplente ser exonerado de responsabilidade pelo art. 79 da CISG, requerer a redução no preço da mercadoria nos moldes do art. 50 da CISG[161]. Tal remédio mostra-se relevante, principalmente, no caso de entrega de mercadorias desconformes ao que fora estipulado contratualmente. Confere-se à parte o direito de solicitar a redução do preço da

---

[159] SCHWENZER, Ingeborg. Loc. cit.; FLECHTNER, Harry. Op. cit. p. 43. Nesse sentido, ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 35.

[160] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 54; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 227; CISG-AC Opinion Nº. 7. Op cit. para. 40; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 291; SCHWENZER, Ingeborg. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 39, 2008, p. 722-723. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLaw Rw/2008/39.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2015.

[161] Art. 50 da CISG: Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.

Versão original: *If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price.*

mercadoria proporcionalmente à sua desconformidade, a fim de que o equilíbrio contratual seja restaurado[162]. Nota-se que, em nenhuma hipótese, tal direito se confunde com a indenização por perdas e danos, remanescendo mesmo no caso de exclusão de responsabilidade do art. 79 da CISG[163].

Por fim, o art. 79 da CISG não afasta o direito da parte de receber os juros correspondentes devidos[164]. O art. 78 da CISG[165] estabelece clara distinção entre os juros e as perdas e danos. Os juros sempre serão devidos, mesmo no caso de a parte ser exonerada do pagamento de indenização a título de perdas e danos, tendo em vista a sua lógica de evitar o enriquecimento sem causa da parte inadimplente[166].

Assim, pela racionalidade que se extrai do art. 79(5) da CISG cumulado com o art. 78 da CISG, se o comprador não tiver cumprido pontualmente com a sua obrigação de efetuar o pagamento pela mercadoria recebida devido a um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável, ele estará exonerado tão somente de arcar com a indenização a título de perdas e danos

---

[162] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 41; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. III.3.

[163] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 41; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.6; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.4; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. III.3.

[164] SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 56; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 42; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.6; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.1 e Art. 78, para. 2.1.

[165] Art. 78 da CISG: Se uma das partes deixar de pagar o preço ou qualquer outro valor devido, a outra parte terá direito a receber os juros correspondentes, sem prejuízo de qualquer indenização das perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Versão original: *If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.*

[166] ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 42.

relativa ao atraso no pagamento, mas deverá pagar os juros correspondentes, inclusive aqueles que correram durante o atraso[167].

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em conta o atual contexto jurídico brasileiro de recente incorporação da CISG, cujo estudo passou a ter ainda maior relevância para o nosso país, o presente trabalho buscou apontar de que forma a exoneração de responsabilidade de uma parte contratante, por advento de uma violação contratual, será regulada quando a recém incorporada Convenção for aplicada, em se tratando de contrato de compra e venda internacional de mercadorias, caso esta não seja afastada pelas partes.

Quando a CISG for o diploma aplicável ao caso, a exclusão de responsabilidade será regulada por seu art. 79, o qual estabelece quais são os quatro requisitos que uma parte precisa provar a fim de que lhe

[167] ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.6: "*It could amount to that a right to performance must not be awarded insofar as the grounds of exemption are in effect. A relevant sentence could thus only require performance after they have ceased to be effective. Interest would continue to accumulate until that time. It is difficult, however, to discover a respective principle*". (grifos nossos)

Contudo, ver HUNGRIA. *Hungarian Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral nº Vb 96074. *Caviar case*. 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>. Acesso em: 06 jan. 2015 (CISG-Online 774): "*With respect to this latter amount [Buyer] was not in default on June 3, 1992, the sanctions effectively thwarted payment. As a matter of fact, Claimant acknowledges in the statement of claim that in July 1992, [Buyer] made attempts to pay, but this was hindered by the UN sanctions. The payment of this amount became only possible when the UN sanctions were suspended. Suspension became effective on November 22, 1995 at 24:00 hours. [...] Therefore, from November 23, 1995, [Buyer] was in default with the payment of the amount of US $78,127 [...]. On ground of these considerations the arbitrators have concluded that [Buyer] owes: [...] b) 8% interest on the amount of US $78,127 from November 23, 1995, until payment.*". Tal decisão é alvo de críticas tendo em vista que o pagamento de juros foi afastado pelo tribunal arbitral durante a ocorrência do impedimento que inviabilizou o pagamento (embargo das Nações Unidas à Iugoslávia). Entendeu-se que os juros só poderiam começar a fluir depois de suspenso o embargo. Entretanto, esse entendimento viola frontalmente o disposto nos art. 78 e art. 79(5) da CISG.

seja conferida a exclusão de responsabilidade pelo inadimplemento contratual: (i) ocorrência de um impedimento fora de sua esfera de controle; (ii) imprevisibilidade desse impedimento; (iii) inevitabilidade e insuperabilidade do impedimento ou de suas consequências; e (iv) nexo de causalidade entre o impedimento e a violação contratual.

Desta feita, após traçado o caminho que uma parte deverá percorrer para se exonerar de responsabilidade sob a égide da recém incorporada CISG, espera-se que as comunidades jurídica e empresarial possam optar conscientemente pela regra de direito que melhor lhes convier para regular um dado caso concreto (a recém incorporada Convenção ou o Código Civil brasileiro), ressaltando-se, contudo, a relevância da utilização da CISG para o desenvolvimento de um comércio internacional ágil, previsível, seguro e globalizado.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO "UMA AÇÃO – UM VOTO": A UTILIZAÇÃO SOFISTICADA DAS AÇÕES PREFERENCIAIS[1]

A CRITICAL ANALYSIS OF THE CONCEPT "ONE SHARE – ONE VOTE": A SOPHISTICADED USE OF PREFERRED SHARES

Lígia Padovani

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo desmistificar a pecha de que as ações preferenciais sem voto não são um "bom negócio" e, a partir de uma análise crítica do conceito "uma ação, um voto" e da observação das estruturas societárias propostas pelas companhias, demonstrar que as ações preferenciais podem exercer função muito relevante e, se bem utilizadas, podem se tornar indispensáveis para garantir o bom desempenho da companhia, inclusive no processo de desenvolvimento da governança corporativa.

Palavras-chave: Ações Preferenciais. Controle. "Uma ação - Um voto". Governança Corporativa. Interesses dos acionistas.

Abstract: The objective of this paper is to demystify the label that states preferred shares without voting rights are not a "good deal" and, from a critical analysis of the concept of "one share, one vote" and the observation of the corporate structures proposed by the companies, demonstrate that the preferred shares may exercise a very important function and, if used properly, can become indispensable to ensure the appropriate performance of the company, including the corporate governance development process.

[1] Artigo recebido em 29.01.2015 e aceito em 03.03.2015.

Keywords: Preferred Stocks. Stock Control. One share - One vote. Corporate Governance. Shareholders' interests.

Sumário: 1. Introdução. 2. As Ações Preferenciais: Considerações e Trajetória Legislativa: 2.1. O Novo Mercado da BM&FBovespa. 3. O Caso Azul e a Atuação da CVM: 3.1. Interpretação Histórica x Interpretação Sistemática da lei das S.A. (O entendimento do Colegiado da CVM). 4. Governança Corporativa: As Estruturas Societárias e (Des)alinhamento de Interesses dos Acionistas. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que discussões envolvendo as ações preferenciais movimentam as ondas de reforma da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 ("Lei das Sociedades por Ações").

O uso abusivo das ações preferenciais sem voto e as práticas empresariais censuráveis fizeram com que elas passassem a ser mal vistas pelos participantes do mercado, resultando na valorização do lema "uma ação, um voto", em manifesta aversão às ações preferenciais.

No Brasil, a evolução (ou retrocesso) da legislação a respeito do tema seguiu este raciocínio e, a partir de 2001, com a redação dada pela Lei nº 10.303 ao parágrafo 2º, do artigo 15 da Lei das Sociedades por Ações, a emissão de ações preferenciais ficou limitada a 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas pelas companhias.

No mesmo sentido, a BM&FBovespa em razão desta contaminação negativa gerada pelas operações abusivas, criou o segmento especial de listagem de companhias abertas para negociação

de valores mobiliários, denominado Novo Mercado, que exclui a negociação de ações preferenciais.

Vale ressaltar que dentre os níveis diferenciados de governança corporativa da BM&FBovespa, a adesão ao Novo Mercado é o mais desejado pelas grandes empresas já que, em tese, garante um ambiente de negociação que estimula, simultaneamente, o interesse dos investidores (com maior liquidez das ações) e a valorização da companhia. E não foram poucas as grandes empresas que fizeram a conversão de suas ações preferenciais em ordinárias e aderiram ao Novo Mercado[2].

O fato é que a visão negativa sobre as ações preferenciais e o entendimento de que ela não é um "bom negócio" parece ter se alastrado pelo mercado, se materializando mundo afora.

O recente caso da Azul - Linhas Aéreas ("Azul") submetido à Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"), no entanto, dá sinais de que o princípio uma ação, um voto - como a melhor forma de garantir a "igualdade" de direitos dos acionistas - começa a ser questionado. Nesse caso, o órgão colegiado dessa Autarquia aprovou a estrutura da "superpreferencial" criada pela companhia aérea, sendo que a diretora Luciana Dias[3] sustentou em seu voto que tal proposta seria, até mesmo, mais transparente e mais direta que a maioria dos outros mecanismos de dissociação entre poder político e contribuição econômica presentes no Brasil.

Dessa forma, é importante a análise - que será feita a seguir - da "sombra" que paira hoje no mercado sobre as ações preferenciais e da estrutura acionária proposta pela Azul, a fim de demonstrar que as ações preferenciais podem exercer função muito relevante e, se bem utilizadas, podem se tornar indispensáveis para garantir o bom

[2] Entre elas é possível citar Embraer, Tim e Perdigão (atual BR Foods).

[3] Diretora da CVM que participou do julgamento do recurso interposto pela Azul no Processo CVM n.º RJ2013/5993.

desempenho da companhia, inclusive no processo de desenvolvimento da governança corporativa.

2. As Ações Preferenciais: Considerações e Trajetória Legislativa

As ações preferenciais, como o próprio nome indica, são aquelas que atribuem aos seus titulares determinadas vantagens ou preferências de ordem patrimonial se comparadas às ações ordinárias, ao mesmo tempo em que estão sujeitas a certas restrições declaradas pelo estatuto social da companhia com tal espécie de ações.

A necessidade de criação de um modelo acionário capaz de estimular a organização e o funcionamento da grande empresa privada no Brasil, com o aumento da captação de recursos de forma direta pelas companhias abertas e que, ao mesmo tempo, permitisse a conciliação entre os interesses dos empresários (manutenção do poder de controle) e o dos investidores (melhor retorno financeiro) fez com que, na prática, o direito de voto fosse o principal direito a ser restringido ou suprimido das ações preferenciais, ainda que na sistemática da Lei das Sociedades por Ações tanto às ações ordinárias quanto às preferenciais seja conferido o direito de voto.

Em síntese, as preferenciais consolidaram-se como uma espécie de ação em que os direitos de voto (políticos) foram suprimidos de seus titulares em troca de vantagens patrimoniais (se efetivamente os benefícios econômicos foram ou não – ao longo da história – auferidos pelos titulares das ações preferenciais é algo que será abordado mais adiante).

Assim, em 1932 o Decreto nº 21.536 introduziu no direito societário brasileiro, sem qualquer limite para emissão, as ações preferenciais, o que permitia que o controle das companhias fosse exercido por uma ínfima minoria. A obra do jurista Trajano de

Miranda Valverde[4] faz um apontamento que, sob a égide deste diploma legal, havia empresas com 90% do capital social composto por ações preferenciais.

Por meio do Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.40, a emissão das ações preferenciais, sem direito a voto, foi – então – restrita a 50% (cinquenta por cento) do capital social da companhia, com o intuito de evitar o abuso na emissão dessa espécie de ação.

Com a promulgação da Lei das Sociedades por Ações, uma posição intermediária foi adotada e o limite para emissão das ações preferenciais aumentou para 2/3 do total das ações emitidas pela companhia. A Exposição Justificativa que acompanhou o Projeto de Lei enviado ao Congresso Nacional apontou que tal aumento de limite tinha por finalidade[5]:

> a) a orientação geral do Projeto, de ampliar a liberdade do empresário privado nacional na organização da estrutura de capitalização da sua empresa;
> b) o objetivo de facilitar o controle, por empresários brasileiros, de companhias com capital distribuído no mercado;
> c) a conveniência de evitar a distribuição, na fase inicial de abertura do capital de companhias pequenas e médias, de duas espécies de ações, em volume insuficiente para que atinjam grau razoável de liquidez.

Não obstante os objetivos lógicos e razoáveis acima perseguidos pela Lei das Sociedades por Ações não tardaram a aparecer os desvios e abusos da lei. As ações preferenciais sem direito de voto passaram a ser usadas como fonte de captação *vis a vis* a propagação de excessos pelos acionistas controladores que não

[4] Cf. *Sociedade por Ações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. p. 133.

[5] Exposição Justificativa ao Projeto de Lei das Sociedades por Ações *apud* LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*: pressupostos, elaboração, aplicação. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 226-227.

garantiam qualquer vantagem patrimonial palpável aos titulares das ações preferenciais, em contrapartida[6].

Diante disso, adveio a reforma em 2001 com a promulgação da Lei nº 10.303 que alterou a redação do § 2º, do artigo 15 da Lei das Sociedades por Ações, vigente até os dias de hoje, e estabeleceu que "*o número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas*". Em seu Relatório, referente aos projetos de lei que resultaram na Lei nº 10.303/01, o Deputado Emerson Kapaz ressaltou "*que o percentual de 50% [de ações preferenciais sem direito a voto] seria mais do que suficiente para permitir a capitalização da empresa, sem, contudo, manter a distorção atual em que se pode exercer o controle de uma empresa com propriedade de pouco mais de 15% do capital*"[7].

A nova disposição acima transcrita passou a ser mandatória para as companhias: (i) abertas e fechadas constituídas após a promulgação da Lei nº 10.303/01; (ii) fechadas preexistentes, no momento de eventual abertura de capital; e (iii) abertas constituídas exclusivamente por ações ordinárias, ao tempo de futura emissão de ações preferenciais, caso haja decisão nesse sentido. Por outro lado,

---

[6] Nas palavras de Mauro Rodrigues Penteado – "Na vigência da redação original da Lei nº 6.404 sedimentou-se péssima prática empresarial representada pela emissão de ações preferenciais desprovidas do direito de voto, cuja única preferência ou privilégio consistia na prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele. Na verdade trata-se vantagem inócua, pois o reembolso do capital, em princípio, só se dá por ocasião da dissolução e liquidação da companhia, evento raríssimo em tipo de sociedade que normalmente é constituída por prazo indeterminado" (PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ações Preferenciais. In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades por Ações:* inovações e questões controversas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 191).

[7] KAPAZ, Emerson. Relatório sobre os projetos de lei nº 3.115/97, 3.519/97 e 1.000/99 à Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados. In: REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, ano LV, nº 72, 20/04/2000. p. 716-727. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20ABR2000.pdf#page%3D1>. Acesso em: 14 nov. 2014.

para as companhias abertas que, antes da entrada em vigor da Lei nº 10.303/01, tivessem ações preferenciais emitidas acima do novo limite estabelecido, foi permitida a manutenção de tal estrutura com a proporção de até dois terços de ações preferenciais, inclusive nos aumentos de capital posteriores.

Conduzida por ideais e modelos pouco relacionados com a nossa realidade econômica e carregada de uma ótica deturpada por abusos e desvios da lei, a última reforma materializou o sentimento de aberração que pairava sobre o mercado em relação às ações preferenciais, prejudicando seu regime legal. Mais ainda, disseminou uma ideia frágil e equivocada de que as companhias com ações preferenciais não respeitariam as melhores práticas de governança corporativa[8]. Não por outro motivo, um ano antes, em 2000, nasceu o segmento especial de listagem da BM&FBovespa – Novo Mercado (o qual será analisado mais adiante).

O excerto do artigo da ex-diretora da CVM, Norma Parente[9], em obra coletiva publicada logo após a promulgação da Lei nº 10.303/01, transcrito abaixo, evidencia como as ações preferenciais eram mal vistas:

> A fragilidade de nosso mercado acionário decorre, principalmente, de uma lei que não protege os minoritários, que muitas vezes só não têm o controle, embora detenham a maioria das ações. No Brasil, as companhias, por não garantirem transparência nas

[8] O professor Mauro Rodrigues Penteado disserta sobre o tema: "Pois chegou-se, até, ao absurdo de propugnar a sua extinção [das ações preferenciais] de nosso direito positivo, segundo a perspectiva, canhesta e carregada de modismo, de que o título não interessa ao mercado de capitais e nem se compadece com responsáveis e éticos padrões de gestão, administração e controle das sociedades mercantis (expressos pela alienígena e gasta expressão "governança corporativa")" (PENTEADO, Mauro Rodrigues. Op. cit. p. 183).

[9] PARENTE, Norma. Principais Inovações introduzidas pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, à Lei de Sociedade por Ações. In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades por Ações*: inovações e questões controversas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 12.

> informações ou retorno no investimento, são obrigadas a lançar suas ações por um valor inferior ao que suas condições econômicas permitiriam, deixando de ganhar um prêmio de seus acionistas da ordem de 22,9%. (Grifos do autor)

Nesse contexto de reforma da lei societária, PENTEADO[10] também comenta sobre as ações preferenciais:

> Pobre o debate, pobres os argumentos, quase todos colocando em plano secundário o fato de que o título confere, em princípio, pleno direito de voto, ou ao menos voto restrito, equívoco ou mau hábito antigo de nossa praxe societária. Não se trata de crítica gratuita: trata-se, sim, de fato objetivo, que o preclaro João Eunápio Borges pôs a nu quase meio século, em trecho de causar inveja aos péssimos redatores da lei recente (referimo-nos à língua pátria, é óbvio): "na prática, entre nós, a ação preferencial costuma evocar a ideia de ação privilegiada, *mas inversa e paradoxalmente, de ação de categoria inferior, geralmente indesejável*. É que a lei permite seja negado às ações preferenciais o direito de voto. *Normalmente os estatutos negam-lhes esse direito, e daí a arraigada e errada convicção de que é da natureza, da essência da ação não ter direito de voto. Mas, fique bem claro: do mesmo modo que a ação ordinária, a ação preferencial pode ter o direito de voto. Nem mesmo é necessário que os estatutos confiram expressamente a elas esse direito. No silêncio dos estatutos, elas o terão*".

Não obstante o brilhante posicionamento do livre docente da Universidade de São Paulo exposto acima, o fato é que com a reforma da Lei das Sociedades por Ações foi firmado um consenso geral de que a emissão exclusiva de ações ordinárias representaria a melhor prática de governança corporativa que é aquela capaz de alinhar interesses e evitar a expropriação de benefícios pelo acionista controlador.

[10] PENTEADO, Mauro Rodrigues. Op. cit. p. 183.

2.1 O NOVO MERCADO DA BM&FBOVESPA

O Novo Mercado é um segmento especial de listagem da BM&FBovespa, lançado no ano 2000 e inspirado no modelo do *Neuer Markt* alemão[11], que estabelece um padrão de governança corporativa diferenciado para as companhias listadas no segmento.

Sua criação, conforme visto, surgiu em meio a uma onda de aversão às ações preferenciais, sendo que em 2012 uma matéria publicada na Revista Exame sobre o Novo Mercado bem pautou o espírito da época: "Foi uma resposta da Bovespa à percepção de que a bolsa brasileira era um faroeste em que controladores não hesitavam em passar a perna nos minoritários à primeira oportunidade (o que deu origem à hoje clássica expressão "minoritários"). Foi um inegável sucesso"[12].

O sucesso a que se refere o trecho da matéria veiculada acima adveio da adesão maciça das companhias ao Novo Mercado, em razão dos benefícios garantidos por este segmento especial de listagem,

[11] A revista Época Negócios trouxe, em 2009, reportagem curiosa sobre o modelo inspirador do Novo Mercado: "A história desse sucesso é tão mais curiosa porque baseada em um fracasso. Assim que tomou posse, Magliano [ex-presidente da Bolsa de Valores de São Paulo] fez uma viagem à Europa, para ver de perto o que estava acontecendo com as bolsas de outros países. Foi quando conheceu o Neuer Markt, versão da Nasdaq americana, que, na época, como todo mundo, procurava capitanear o boom da internet. "Se quiser fazer uma reforma, não espere o governo tomar a iniciativa", Magliano ouviu do presidente da instituição. "Isso pode demorar cinco anos." De volta ao Brasil, Magliano detonou o processo. "Precisávamos de um produto que fosse popular", diz ele, ao refletir sobre o surgimento do Novo Mercado. "Trouxemos o conceito da governança corporativa do Neuer Markt. São conceitos coerentes com os de Bobbio: governança, transparência. Demorou três anos, mas pegou. Agora, as empresas só emitem no Novo Mercado. Os investidores exigem." Já o Neuer Markt original, o alemão, coitado, apesar das boas práticas de governança corporativa, acabou sendo levado de enxurrada pelo estouro da bolha." (ÉPOCA NEGÓCIOS. O revolucionário da bolsa. *Revista Época*. 20 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT22128-16380,00.html>. Acesso em: 14 nov. 2014).

[12] BRONZATTO, Thiago. Mercado Novo com cheiro de velho na Bovespa? *Revista Exame*. Edição nº 1015. São Paulo, 3 de maio de 2012. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1015/noticias/mercado-novo-com-cheiro-de-velho-na-bovespa>. Acesso em: 14 de nov. 2014.

quais sejam: (i) melhora da imagem institucional; (ii) maior demanda por suas ações; (iii) valorização das ações; e (iv) um menor custo de capital.

Como condição mínima estabelecida pelo Regulamento do Novo Mercado da BM&FBovespa[13], as companhias listadas nesse segmento devem ter seu capital social dividido exclusivamente em ações ordinárias e a emissão de outra espécie de ação que não ordinária pelas companhias é infração que sujeita o acionista controlador e os administradores à aplicação de sanção pecuniária, em valor superior a R$ 200 mil. Além disso, no caso de venda do controle, todos os acionistas têm direito a vender suas ações pelo mesmo preço e sob as mesmas condições (*tag along* de 100%). Tem-se, aqui, a aplicação do princípio "one share-one vote".

Afora o grande sucesso e a inegável contribuição que o Novo Mercado trouxe para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro[14], não é admissível fazer uma relação entre "extinção das ações preferenciais *e* melhores práticas de governança corporativa" ou, sequer sugerir que as companhias emissoras de tais títulos não estejam comprometidas com a geração de valor aos seus acionistas[15].

---

[13] BM&FBovespa. *Regulamento de Listagem do Novo Mercado*, em vigor a partir do dia 10/05/2011. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Novo-Mercado.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2014.

[14] "Apesar de todas as vantagens do Nível 2 [segmento especial de listagem da BM&FBovespa em que se admite a negociação de ações preferenciais], especialmente após a reforma promovida pela Bolsa, os IPOs fora do Novo Mercado ainda são raridade. De 2004 a 2012, 26 companhias abriram o capital nos Níveis 1 e 2, contra 103 no segmento máximo de governança corporativa da Bolsa. Em 2008, os níveis 1 e 2 não foram usados para um IPO sequer. Em 2011, apenas a Abril Educação foi para o Nível 2. Os números são, no mínimo, animadores para os que acreditam que um dia o Novo Mercado será o único ambiente de listagem da BM&FBovespa." (AZEVEDO, Simone. *10 anos de novo mercado*: a história da ousadia que transformou o mercado de capitais brasileiro e seus desafios para o futuro. São Paulo: Saint Paul Editora, 2012. p. 74).

[15] O artigo intitulado "Ações preferenciais: evolução ou retrocesso?" integrante de obra coletiva dedicada ao professor da Faculdade de Direito da Universidade de São

Para isso, a chamada boa governança corporativa não deve ser considerada como um simples conjunto de normas decorrente apenas da lei ou da autorregulação, mas deve ser interpretada de acordo com a prática do dia-a-dia das companhias.

É interessante notar que o mercado começa a perceber que a tal governança corporativa significa muito mais do que o preenchimento de uma lista de formalidades e requisitos (como a negociação exclusivamente de ações ordinárias) e que as ações preferenciais têm seu espaço, importância e público, o que faz com que a governança corporativa propagada pelo Novo Mercado possa não ser mais o parâmetro principal para seleção do investimento e atuação do órgão regulador.

Sob esse viés, não obstante as companhias listadas no segmento do Novo Mercado transpareçam ter uma governança superior para o público investidor, a boa prática do mercado evidencia que esta [estar listada no Novo Mercado] não é condição necessária nem suficiente para dar efetividade a este propósito. Por outro lado, há companhias com estruturas que fogem ao lema "uma ação, um voto" e que são percebidas pelo mercado como companhias detentoras de boa governança, conforme se verá a seguir.

Paulo Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França muito bem reflete o posicionamento acima exposto: "Pelo contrário, o atual estágio de desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro permite que se reflita seriamente sobre a necessidade de permanência do mecanismo no ordenamento brasileiro. Ao invés de se pregar a extinção das ações preferenciais ou de simplesmente promover seu esvaziamento de fato (como parece ser a atual tendência), é preciso realizar uma séria crítica às deformações causadas por sucessivas reformas legais, para que se possa superá-las e reconhecer a importância que as ações preferenciais podem ter no aprimoramento dos mecanismos para captação de recursos para as empresas brasileiras." (FRAGOSO, Daniela Neves Reali; AKKERMAN, Gustavo. Ações Preferenciais: Evolução ou Retrocesso?. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

3. O CASO AZUL E A ATUAÇÃO DA CVM

Em 24 de maio de 2013, a Azul S.A. ("Azul"), companhia aérea brasileira, requereu junto à CVM a concessão do registro de companhia aberta na categoria A e de oferta pública de distribuição primária e secundária de ações preferenciais de emissão da companhia.

A Superintendência de Relações com Empresas – SEP ("SEP"), área técnica da CVM responsável pela concessão do registro de companhia aberta, no entanto, oficiou a companhia por supostas irregularidades, entre outros documentos, em seu estatuto social, fato que culminou na desistência da oferta pela Azul e na apresentação de defesa pela companhia discordando dos fundamentos apresentados pela área técnica, a fim de dar continuidade, tão somente, ao pedido de registro de emissor junto à CVM.

Com referência à irregularidade apontada pela SEP, que interessa ao caso sob exame, esta área técnica entendeu que o artigo 5º, do estatuto social da Azul abaixo transcrito, não respeitava o § 2º, do artigo 15 da Lei das Sociedades por Ações[16], uma vez que "o referido dispositivo não trata somente de uma proporção em termos de quantidade de ações, mas também de uma proporção em termos de aporte econômico. Assim, o poder político deve guardar uma relação com o volume de recursos aplicado no negócio"[17]:

> Art. 5° - O capital social da Companhia, totalmente integralizado em moeda corrente nacional, é de R$ 473.968.512,62 (quatrocentos e setenta e três milhões, novecentos e sessenta e oito mil, quinhentos e doze reais

[16] Art. 15. [...] § 2º O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas.

[17] NOVAES, Ana. Diretora Relatora da CVM no relatório do voto proferido no Processo Administrativo CVM RJ2013/5993. p. 1. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=8923-2.HTM#_ftnref21>. Acesso em: 26 nov. 2014.

> e sessenta e dois centavos), dividido em 464.482.529 (quatrocentas e sessenta e quatro milhões, quatrocentas e oitenta e duas mil, quinhentas e vinte e nove) ações ordinárias, 83.395.080 (oitenta e três milhões, trezentas e noventa e cinco mil e oitenta) ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.
> [...]
> **Parágrafo Terceiro** – As ações ordinárias são conversíveis em ações preferenciais, a critério dos respectivos titulares dessas ações, na proporção de 75 (setenta e cinco) ações ordinárias para cada ação preferencial, desde que estejam inteiramente integralizadas e não haja violação à proporção legal de ações ordinárias e preferenciais.
> [...]
> **Parágrafo Décimo** – As seguintes preferências e vantagens são garantidas às ações preferenciais de emissão da Companhia:
> (i) prioridade no reembolso de capital;
> (ii) direito de serem incluídas em oferta pública de aquisição de ações em decorrência de alienação de controle da companhia nas mesmas condições e ao preço por ação equivalente a 75 (setenta e cinco) vezes o preço por ação pago ao acionista controlador alienante;
> (iii) direito ao recebimento de valores equivalentes a 75 (setenta e cinco) vezes o valor atribuído às ações ordinárias, em caso de liquidação da companhia, quando da divisão dos ativos remanescentes entre os acionistas; e
> (iv) direito ao recebimento de dividendos iguais a 75 (setenta e cinco) vezes o valor pago a cada ação ordinária. (Grifos do autor)

A Azul sustentou em sua resposta, em síntese, que o limite estabelecido no § 2º do artigo 15, da Lei das Sociedades por Ações, se refere exclusivamente ao número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas à restrição desse direito, em relação ao número total de ações nas quais se divide o capital social da companhia, de modo que a criação de ações "superpreferenciais"[18] pelo estatuto social da companhia não violaria tal dispositivo legal.

[18] Embora a SEP - em seu Relatório de Análise do recurso apresentado pela Azul, cujo trecho foi transcrito no voto da Diretora-Relatora Ana Novaes – tenha

A SEP, então, solicitou esclarecimentos adicionais à Azul, levando em consideração uma interpretação histórica da Lei das Sociedades por Ações, por meio da análise do parecer do Deputado Emerson Kapaz apresentado à Comissão de Economia, Indústria e Comércio no Projeto de Lei nº 3.519/97, que deu ensejo à Lei nº 10.303/2001[19].

Nos termos do próprio Relatório de Análise da SEP, a Azul assim se manifestou[20]:

> (...) em sua Resposta ao Ofício/CVM/SEP/GEA-2/Nº 282/2013, a Companhia entendeu que: (i) nos termos da lei, o valor do capital social de uma companhia não é referência para a fixação do percentual máximo de ações preferenciais com restrições ao direito de voto; (ii) também nos termos da lei, as ações preferenciais podem ter direito ao recebimento de dividendos superiores aos dividendos pagos aos titulares das ações preferenciais, bem como a outras preferências, desde que clara e expressamente descritas no Estatuto Social; e (iii) a Lei das Sociedades por Ações permite preços de emissão diferentes entre as ações ordinárias e preferenciais, viabilizando, assim, o aumento substancial de ingressos de capital oriundos das ações preferenciais, a conclusão é de que não há proporção estabelecida por lei entre a exposição econômica e o

manifestado o seu entendimento de que: "*o caso da Azul parece não se enquadrar nas situações conhecidas como "superpreferenciais", uma vez que as ações não apresentam uma grande vantagem econômica aos preferencialistas, apenas traduzem parte da diferença nos aportes econômicos*". Ibid. p. 9.

[19] Esse Relatório tratou da proposta de eliminação da ação preferencial sem direito a voto: "(...) depois de análise detida da questão, inclusive em face da experiência internacional, chegamos à conclusão de que há um verdadeiro e injustificável exagero na permissão de emissão de tal classe de ações até 2/3 do capital. Acreditamos — e o direito comparado assim aponta — que o percentual de 50% seria mais que suficiente para permitir a capitalização da empresa, sem, contudo, manter a distorção atual em que se pode exercer o controle de uma empresa com a propriedade de pouco mais que 15% do capital" (KAPAZ, Emerson. Op. cit. p. 717).

[20] Processo CVM nº RJ-2013-5993. Relatório de Análise RA/CVM/SEP/GEA-2/Nº 111/2013, 15 out. 2013. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=8923-0.HTM>. Acesso em: 14 nov. 2014.

> poder político em uma sociedade por ações, havendo apenas a proporção entre a quantidade de ações ordinárias e de ações preferenciais a ser respeitada.

Diante disso, a Azul reiterou seu entendimento de que o disposto no caput do artigo 5º, combinado com os parágrafos 3º e 10º, de seu estatuto social atendia integralmente ao que prescreve o parágrafo 2º, do artigo 15 da Lei das Sociedades por Ações. A SEP, então, indeferiu o seu pedido de registro de emissor.

A Azul, por sua vez, interpôs recurso ao Colegiado da CVM, basicamente, reiterando os fundamentos já apresentados e sustentando que o entendimento da SEP não estaria amparado pela lei societária brasileira, de modo que tal decisão violaria o princípio da legalidade.

A Procuradoria Federal Especializada da CVM ("PFE") se manifestou no sentido da manutenção da decisão de indeferimento proferida pela SEP, diante do modelo juridicamente impossível proposto pela Azul, uma vez que, por meio de uma interpretação histórica do art. 15, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações, estaria claro que o objetivo da limitação da emissão de ações preferenciais a 50% do total de ações emitidas pela companhia, seria a manutenção do equilíbrio entre a participação no capital social e o poder político. Além disso, por se tratar de norma de caráter cogente, o art. 15, § 2º da Lei das Sociedades por Ações deveria ser respeitado, a fim de se evitar a formação de conflito entre os acionistas sobre o poder político na sociedade anônima.

Não obstante tais manifestações, o órgão colegiado da CVM deliberou, unanimemente, pela legalidade do art. 5º do estatuto social da Azul, dando provimento ao recurso da Companhia, de forma muito sucinta, sob o fundamento de que a Lei das Sociedades por Ações passou a admitir a dissociação entre os interesses econômicos e políticos com a nova redação dada ao art.15, §2º.

Essa é a síntese do necessário para possibilitar as considerações que serão feitas a seguir.

3.1 INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA X INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI DAS S.A. (O ENTENDIMENTO DO COLEGIADO DA CVM)

Como visto, por meio de uma interpretação histórica do art. 15, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações[21], a SEP concluiu que referido dispositivo legal teria a pretensão de proporcionar um equilíbrio entre o poder político e o aporte financeiro nas companhias, de modo que a estrutura proposta pela Azul não poderia ser sustentada.

Ocorre que, a partir de uma interpretação sistemática, é possível identificar que a desproporcionalidade entre a quantidade de ações e o capital social aportado nas companhias foi claramente permitida e incentivada pela Lei das Sociedades por Ações. E esse foi o entendimento do Colegiado da CVM.

Logo no primeiro capítulo da exposição justificativa do Projeto de Lei das Sociedades por Ações tal fato é evidenciado[22]: "a) suprime, dentre as características da companhia, a igualdade do valor nominal de todas as ações (art. 10), porque admite a existência de ações sem valor nominal (at. 11);".

O apreciável voto da diretora da CVM Ana Novaes[23], relatora do caso da Azul, ao tratar da justificativa acima, trouxe a seguinte conclusão:

> E aqui está a principal razão pela qual acredito que houve uma mudança clara e intencional na redação do dispositivo referente ao percentual das ações preferenciais, que deixou de ter como referência o

[21] Para mais informações sobre a trajetória legislativa e os objetivos balizadores das reformas do art. 15, § 2º da lei societária brasileira, que foram considerados pela SEP para indeferir o pedido de registro de companhia aberta feito pela Azul, vide o capítulo II acima.

[22] Exposição Justificativa ao Projeto de Lei das Sociedades por Ações. Op. cit. p. 223.

[23] NOVAES, Ana. Op. cit. p. 10.

> capital, e passou a adotar o total de ações emitidas pela companhia. E não poderia ser diferente. A partir do momento em que a lei admite ações sem valor nominal, não mais se pode assegurar uma proporcionalidade entre o capital aportado e o número de ações, isto é, entre o interesse econômico e o político.

O § 2º, do artigo 13, da Lei das Sociedades por Ações passou a admitir também a emissão de ações pelas companhias por preço superior ao valor nominal[24].

Por outro lado, o artigo 170 da Lei das Sociedades por Ações permite o estabelecimento de preços de emissão distintos para ações de espécies diferentes se, quer pela perspectiva de rentabilidade da companhia; pelo valor do patrimônio líquido da ação; e/ou pela cotação das ações da companhia em Bolsa ou no mercado de balcão organizado, chegar-se a um preço de emissão diferente para tais ações.

Adicionalmente, o artigo 171 da Lei das Sociedades por Ações permite o aumento de capital das companhias por meio da emissão de ações (de espécies distintas), de forma desproporcional à relação existente anteriormente ao respectivo aumento de capital social. Ou ainda, os aumentos de capital podem ocorrer em épocas em que as ações ordinárias de uma companhia possuam valor econômico díspar ao das ações preferenciais, seja em razão dos proveitos econômicos oferecidos por esta última espécie (como é o caso da Azul), seja pela diferença de liquidez apresentada no mercado.

Tudo isso mostra que a desproporcionalidade entre a contribuição para o capital social e o poder político em uma companhia, a depender das características de suas ações, além de ser uma realidade, é autorizada pela Lei das Sociedades por Ações.

Não por outro motivo, o § 2º, do art. 15 da Lei das Sociedades por Ações foi modificado para limitar a emissão das ações preferenciais a 50% do total de ações emitidas e não mais do capital

[24] Art. 13. § 2º A contribuição do subscritor que ultrapassar o valor nominal constituirá reserva de capital (artigo 182, § 1º).

social da companhia. Nesse sentido, uma interpretação histórica deste dispositivo representaria a desconsideração do texto literal da norma legal sobre o assunto.

A esse respeito, Modesto Carvalhosa pondera[25]:

> O número de ações preferenciais sem direito de voto ou com restrições a este direito é proporcional ao número de ações emitidas e não mais ao valor do capital social.
> O capital social deixou de ser referência para a fixação do percentual máximo de ações preferenciais sem ou com restrições de voto. O limite de emissão das preferenciais será o total (numérico) das ações emitidas (art. 14), independentemente, portanto, da soma efetiva das entradas de capital representada pelas ações ordinárias.
> Esse regime legal possibilita um aumento substancial de ingressos de capital oriundos das ações preferenciais. Basta que as emissões de ações ordinárias - com ou sem valor nominal - tenham preço de emissão inferior ao das ações preferenciais - com ou sem valor nominal - para se ter um valor de subscrição de ações preferenciais muito superior.

Ainda, segundo (e seguindo) o entendimento da diretora Ana Novaes no voto proferido:

> O que me parece é que o percentual de 50% foi mais o resultado de uma negociação política do que uma preocupação exclusiva com a proporcionalidade entre o poder político e poder econômico, tal como arguido pela SEP. Afinal, conforme visto acima, a separação entre o interesse político e o econômico pode se dar inclusive quando há apenas ações ordinárias. Ademais, no momento em que a lei permite que a ação preferencial tenha uma vantagem econômica efetiva, como dividendos, no mínimo, 10% superiores àqueles recebidos pelas ações ordinárias, a lei claramente está admitindo a possibilidade de uma divergência no preço

[25] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*: arts. 1º a 74. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1 , p. 186.

> de emissão das ações e, portanto, a quebra da proporcionalidade entre o poder político e o econômico.
> [...]
> Portanto, podemos afirmar que as ações preferenciais ganharam um espaço (econômico e político) maior após a reforma de 2001 da lei nº 6.404/1976 e depois de mudanças adotadas voluntariamente pelo próprio mercado. [26]

Diante disso, é possível concluir que a reforma da lei societária, no que tange às ações preferenciais, não teve por foco proporcionar um equilíbrio entre o poder político e o aporte econômico em uma companhia (como defendido pela SEP), mais sim garantir efetivos benefícios econômicos aos preferencialistas (minoritários) e diminuir os desmandos dos controladores perpetrados por práticas empresariais reprováveis. E a interpretação sistemática da Lei das Sociedades por Ações foi capaz de comprovar isso.

Com esse entendimento, o colegiado da CVM decidiu pela legalidade do artigo 5º do estatuto social da Azul.

4. GOVERNANÇA CORPORATIVA: AS ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS E O (DES)ALINHAMENTO DE INTERESSES DOS ACIONISTAS

Diante deste contexto, analisemos as estruturas societárias das companhias e as práticas de governança corporativa que, atualmente, são aceitas como as melhores pelo mercado.

A governança corporativa pode ser definida como:

> sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com

[26] NOVAES, Ana. Op. cit. p. 11-12.

> a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade[27].

Ela tem por princípios norteadores a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa.

Para os padrões de governança corporativa adotados pelo Novo Mercado e pelo IBGC, o poder político (direito de voto) deve estar sempre em equilíbrio com o direito econômico. Ou seja, o princípio de "uma ação, um voto" deve valer para todos os tipos de organização, segundo o argumento principal de que "a vinculação proporcional entre direito de voto e participação no capital favorece o alinhamento de interesses entre todos os sócios" [28].

O que será visto, no entanto, é que as próprias estruturas societárias adotadas por determinadas companhias, cujo capital social é dividido exclusivamente em ações ordinárias, são capazes de ocasionar a quebra da proporcionalidade entre o poder político e o econômico, de modo que o tratamento justo de todos os acionistas pregado pelo princípio da equidade também não estará sempre garantido nessas sociedades.

Um interessante estudo do Manual de Contabilidade Societária da FIPECAFI[29], trazido pelo voto da diretora da CVM Ana Novaes, no âmbito do pedido de registro de emissor da Azul (Processo Administrativo CVM n.º RJ2013/5993)[30], evidencia as divergências entre o poder político e o poder econômico (correspondente ao fluxo de caixa que o acionista tem direito a receber como retorno do seu

---

[27] Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 2ª Ed. São Paulo: IBGC, 2009. p. 19.

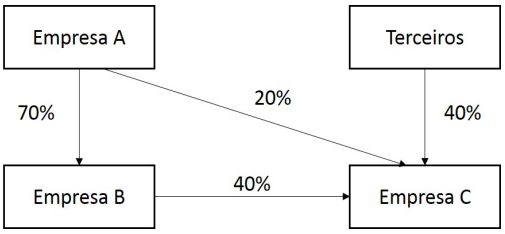
[28] Ibid. p. 21.

[29] MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariosvaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de. *Manual de Contabilidade Societária:* Aplicável a Todas as Sociedades. 2ª Ed. FIPECAFI – Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 738.

[30] NOVAES, Ana. Op. cit. p. 10.

aporte de capital) que podem ocorrer ainda que em sociedades com capital social totalmente composto por ações ordinárias.

Este levantamento comporta dois exemplos, sendo que em um deles, a empresa A detém diretamente 70% do capital social da empresa B e 20% da empresa C. A empresa B, por sua vez, detém diretamente 40% do capital social da empresa C. Veja-se:



Do ponto de vista do controle (poder político), a empresa A é controladora da empresa C, uma vez que exerce seu poder de voto diretamente (20%) e indiretamente, por meio do poder de voto de sua controlada - a empresa B (40%), fazendo predominar nas assembleias da empresa C a sua vontade, com 60% do poder de voto.

Por outro lado, o poder econômico que a empresa A exerce na empresa C é de apenas 48%, uma vez que o fluxo de caixa que a empresa A terá direito a receber da empresa C corresponderá a 20% diretamente mais 28% por meio da empresa B (70% de 40% = 28%).

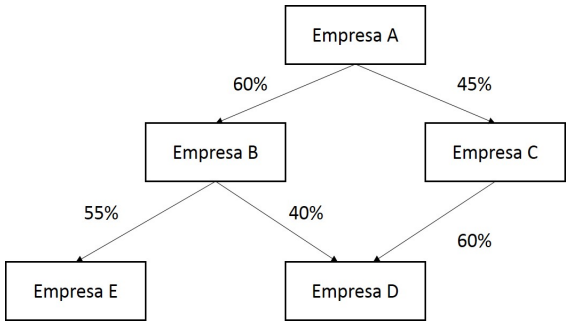
Nesse sentido, o patrimônio da empresa C detido pela empresa A (48%) diverge do poder de controle exercido por ela na empresa C (60%) em nítida desproporção entre poder político e poder econômico em uma sociedade cujo capital social é composto exclusivamente por ações ordinárias.

O outro exemplo apresentado pela Diretora da CVM[31] demonstra uma desproporção em sentido inverso, ou seja, em que o poder econômico é maior do que o poder político nesse tipo de sociedade (em que só há ações ordinárias), de modo que a empresa A

[31] Loc. cit.

detém 51% do fluxo de caixa da empresa D, mas não detém o controle.

Para que se possa melhor compreender tal estrutura:



Sob esse viés, a empresa B é controlada direta da empresa A e a empresa E é controlada indireta de A, pois E é controlada por B. A empresa C, por sua vez, é coligada de A e controladora da empresa D. Nota-se, assim, que a empresa D não é controlada por A, uma vez que a empresa B possui apenas 40% do capital votante da empresa D. No entanto, a empresa A é proprietária de 51% (correspondentes a 45% de 60% = 27%, por meio da empresa C, somados a 60% de 40% = 24%, por meio da empresa B) do fluxo de caixa daquela empresa.

Em sentido contrário, a empresa E que é controlada pela empresa A tem apenas 33% de seu fluxo de caixa de propriedade da empresa A.

O que se vê, portanto, é que a desproporção entre poder político e poder econômico pode existir inclusive nas companhias em que o capital social é dividido somente em ações ordinárias, o que é capaz desencantar o conceito de "uma ação, um voto" como forma de representação de equilíbrio entre estes dois poderes, assim como defendido pelo Novo Mercado. Mais do que isso, é possível concluir que o princípio "uma ação, um voto" pode igualmente não garantir o alinhamento de interesses dos acionistas, assim como ocorre em determinadas companhias que possuem ações preferenciais.

Além disso, dos exemplos trazidos acima é possível extrair que os conceitos de "controle" e "propriedade" são absolutamente distintos, embora possam se igualar em determinadas situações a depender da estrutura societária em que está inserida uma companhia.

Nesse sentido, a existência de ações preferenciais nas companhias estruturadas societariamente como é o caso da Azul podem, inclusive, ser mais transparentes que a maioria dos outros mecanismos presentes no Brasil (utilizados por companhias só com ações ordinárias) de dissociação entre poder político e contribuição econômica.

E esse também é o cenário mundial. Para citar apenas um exemplo, o Google adota uma estrutura de *dual class* representada por ações com "super" direitos de voto, em que o grupo controlador é formado pelos fundadores Larry Page e Sergey Brin, e o diretor presidente Eric Schmidt, que juntos controlam dois terços dos votos da companhia. E ninguém ousaria dizer que a forma de condução dos negócios por tais figuras seria prescindível para garantir o sucesso do Google ou que a estrutura acionária adotada por esta empresa é incapaz de garantir o alinhamento de interesses entre os acionistas[32].

[32] Sobre esse tema, vale a pena ler a carta dos fundadores do Google, que funciona como um manual para os acionistas da companhia, incluída no *Registration Statement S-1* (documento similar ao formulário de referência no Brasil) disponível no site da SEC, que ao tratar da estrutura acionária dispõe: "Google has prospered as a private company. **We believe a dual class voting structure will enable Google, as a public company, to retain many of the positive aspects of being private**. **We understand some investors do not favor dual class structures. Some may believe that our dual class structure will give us the ability to take actions that benefit us, but not Google's shareholders as a whole**. We have considered this point of view carefully, and we and the board have not made our decision lightly. We are convinced that everyone associated with Google - including new investors - will benefit from this structure. However, you should be aware that Google and its shareholders may not realize these intended benefits. (…) We believe we have a world class management team impassioned by Google's mission and responsible for Google's success. We believe the stability afforded by the **dual class structure will enable us to retain our unique culture and continue to attract and retain talented people who are Google's life blood**. Our colleagues will be able to trust that they themselves and their labors of hard work, love and creativity will be well

Daí se conclui que a melhor governança corporativa certamente é aquela adotada pela companhia que é capaz de explicitar ao mercado a sua própria estrutura de capital e o propósito dela de forma bastante clara e completa - independente da espécie de ações em que se divide o seu capital social - cabendo ao mercado precificar um possível desalinhamento de interesses e decidir se a presença do acionista controlador é essencial ou prejudicial ao desenvolvimento dos negócios da Companhia. Em suma, a decisão de investir ou não em companhias com ações preferenciais compete aos acionistas investidores e a estrutura de ações ordinárias não deve representar a única opção da companhia (que se vê obrigada a aderir ao Novo Mercado) para poder captar no mercado de capitais brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Como é possível observar, as ações preferenciais foram desvirtuadas de sua finalidade original em razão de sua má utilização pelo mercado com práticas de governança equivocadas, fato que resultou na reforma da Lei das Sociedades por Ações com vistas a garantir - de fato - uma vantagem econômica para compensar o não exercício do poder político. E esse deve ser o caminho, qual seja, a repaginação e a utilização repensada das estruturas, sempre que necessário para afastar as distorções criadas pelo mercado, e não a simples extinção de um mecanismo tão interessante.

O cenário mundial acena no sentido de não ser possível compactuar com a bizarra ideia trazida, outrora, de exclusão das ações preferenciais da legislação societária brasileira e tende a considerar interessante a concentração do direito de voto para o sucesso de determinadas companhias, como é o caso das empresas de tecnologia

---

cared for by a company focused on stability and the long term […] (grifos do autor). Disponível em: <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000119312504142742/ds1a.htm#toc59330_1>. Acesso em: 1 dez. 2014.

norte-americanas Facebook e Groupon, além do Google tratado acima, e da empresa de *e-commerce* Alibaba (que adotam o voto plural, tornando difícil a perda do controle). Isso porque, o *know how* detido por estes acionistas fundadores é fundamental para garantir a confiança do investidor que não está interessado em participar da gestão da companhia, mas primariamente em valorizar suas ações e o recebimento do dividendo a que tem direito.

A empresas europeias Volkswagen, Louis Vuitton Möet Hennessy e L'Oreal também são bons exemplos de que a força e estabilidade dos controladores/fundadores no poder é o que garante o investimento nessas companhias, muito longe de ser considerado algo perverso para a sua governança corporativa.

O fato é que o mercado de capitais evolui, se institucionaliza e as nuances políticas e econômicas que permeiam o cenário mundial, atualmente, exigem a flexibilização dos mecanismos de investimento, já que em determinados casos, como o da Azul, a utilização sofisticada das ações preferenciais pode ser a melhor fórmula para garantir o sucesso e o desenvolvimento da companhia.

Nesse contexto, cada participante deve exercer o seu devido papel: (a) ao legislador compete estabelecer um regime de direitos que, ao mesmo tempo em que garanta efetivas vantagens patrimoniais às preferenciais, permita que as companhias possam utilizá-las da forma que lhes convier para estabelecer uma estrutura ótima, inclusive do ponto de vista da governança corporativa; (b) ao mercado cabe a precificação de um potencial desalinhamento de interesses entre o acionista controlador e os minoritários em razão de sua estrutura acionária; (c) a fiscalização do devido cumprimento da lei e dos deveres e responsabilidades por ela previstos para garantir que abusos sejam exterminados, por óbvio, é da alçada do órgão regulador; e, por fim, (d) um modelo de estruturação de capital, que melhor se coadune à viabilização de operações para manutenção e recuperação financeira e para reestruturação do perfil econômico e do patrimônio das companhias, deve ser objeto de decisão de quem exerce o poder de

gestão nelas, e se esse alguém for o controlador, não há qualquer absurdo nisso.

Embora os defensores do conceito "one-share, one vote" e da proporcionalidade entre o poder político e o poder econômico entendam que um mercado saudável é só aquele arranjado dessa forma, a guisa de conclusão, não há uma fórmula única que deva ser seguida por todos e os exemplos de governança corporativa de companhias de sucesso que adotam a *dual class structure*, no exterior, e as preferenciais, no Brasil, comprovam que uma certa dose de interpretação e flexibilidade e o uso sofisticado das ações preferenciais pode ser uma boa forma de garantir o fortalecimento do mercado de capitais.

HOLDING FAMILIAR[1]

FAMILIAR HOLDING

Pedro Figueiredo Rocha

Resumo: O presente estudo visa à análise do instrumento societário denominado holding, utilizado principalmente para concentrar a administração e controle de diversas sociedades, mas que também pode ser útil em outras situações apresentadas no artigo. Serão apresentadas as espécies de holding, suas finalidades e benefícios, bem como sua utilização para um planejamento familiar e sucessório.

Palavras-chave: Direito Societário. Holding. Planejamento Sucessório.

Abstract: This study aims to analyze the corporate instrument called holding, primarily used to concentrate the administration and control of several companies, but may also be useful in other situations presented in the article. Some types of Holding will be presented, also its purposes and benefits, as well as its use for estate planning.

Keywords: Corporate Law. Holding. Estate Planning

Sumário: 1. Holding. 1.1. Definição e Base Legal. 1.2. Natureza Jurídica. 1.3. Espécies. 2. Holding Familiar. 2.1. Definição. 3. Vantagens. 3.1. Estruturação e Concentração da Atividade Empresarial. 3.2. Possibilidade de Diminuição de Conflitos Familiares. 3.3.

[1] Artigo recebido em 05.02.2015 e aceito em 10.03.2015.

Profissionalização da atuação dos sócios. 3.4. Proteção contra credores. 4. Planejamento Sucessório. 5. Dissolução. 6. Conclusão.

1. Holding.

1.1. Definição e Base Legal.

Os tipos societários existentes no Direito brasileiro encontram-se dispostos no Código Civil (Sociedade Limitada, Sociedade em Nome Coletivo, dentre outras) ou na Lei 6.404/76 (Sociedade Anônima). A Holding não é um tipo societário disposto em lei, mas é um instrumento utilizado nos dias de hoje para concentrar a administração e o controle de diversas sociedades.

Segundo Mario Tarvenard, "o termo holding decorre do verbo inglês to hold, que significa segurar, deter, manter sob controle, participar"[2].

Desta forma, a Holding pode ser definida como uma sociedade, criada através de um dos tipos societários, que possui como objeto social precípuo a participação societária em uma ou várias outras sociedades, podendo exercer o controle destas.

Fábio Konder Comparato definiu semanticamente o controle: "A palavra ´controle´ passou a significar, corretamente, não só vigilância, verificação, como ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir" [3]. Ao exercer o controle, a *holding* está no comando de uma outra empresa.

Na legislação pátria as sociedades de holding encontram respaldo no art. 2º, §3º da Lei 6.404/76:

---

[2] CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Planejamento Sucessório no Âmbito da empresa Familiar. In: COELHO, Fábio Ulhôa; FERES, Marcelo Andrade (Coord.). *Empresa Familiar*: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 459.

[3] COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 29.

> Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
> [...]
> § 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Cita-se também como fundamento normativo o art. 243 da mesma lei, o qual faz referência ao sistema de concentração societária por meio de empresas coligadas e controladas, principalmente em seu parágrafo 2º:

> Art. 243. [...]
> § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

O Código Civil, naquilo que se refere às sociedades limitas, possui um capítulo denominado "Das Sociedades Coligadas", no qual os artigos 1.097 a 1.101 também fazem referência acerca do controle societário de uma determinada sociedade ser exercido por outra.

1.2. Natureza Jurídica.

Inexiste na legislação qualquer limitação imposta às holdings sobre a forma de sua constituição. Desta forma, elas podem ser constituídas sob o tipo societário que melhor lhe aprouverem (anônima, limitada etc.).

Com efeito, é considerada *holding* a sociedade que possui como uma das suas atividades constantes no objeto social participar de outras sociedades como sócia ou acionista, em vez de exercer exclusivamente uma atividade industrial ou comercial. Por meio desta participação, acaba por controlar a outra sociedade de acordo com a

proporção de sua participação no capital social. Modesto Carvalhosa define a holding como:

> As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias."[4]

Posto isso, o que se deve ter em conta é o objeto social da holding, qual seja: seu objetivo de participação em outra sociedade. É indiferente a forma em que se constitui.

Gladston Mamede, em seu livro "*Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar",* diz que uma holding poderá ser formada sob a forma de sociedade simples ou empresária. Contudo, este não é o posicionamento que deve prevalecer.

O cerne do objeto social de uma empresa *holding* é a participação e até controle societário de determinada(s) sociedade(s). E justamente por isso defende-se que essa atividade é puramente empresária, nos moldes do art. 982 do Código Civil.

Assim sendo, uma holding jamais poderá ser constituída sob a forma de sociedade simples, uma vez exercer atividade tipicamente empresária, devendo seus atos constitutivos ser registrados nas respectivas Juntas Comerciais.

Em relação aos tipos societários, na prática tem-se verificado a preferência pelo modelo de sociedade limitada, uma vez que se mostra

[4] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, Tomo II, p. 14.

mais adequada à proteção à família de terceiros alheios à sociedade intervirem nos negócios.

Entretanto, não há qualquer vedação à escolha de qualquer um dos tipos societários existentes, podendo ser definido de acordo com os objetivos da sociedade.

1.3. Espécies.

Segundo Mamede[5], podem ser verificadas as seguintes espécies de Holding:

- Holding Pura: sociedade que possui como objeto social exclusivo de participar nos quadros societários de uma ou várias outras sociedades.

- Holding Mista: sociedade cujo objeto social é também a participação societária, porém conjugada com outras atividades, como por exemplo a produtiva;

- Holding de controle: sociedade constituída para deter o controle societário;

- Holding de participação: sociedade que detém participações societárias, sem ter o objetivo de controle;

- Holding patrimonial: constituída para ser a proprietária de determinado patrimônio;

- Holding Imobiliária: pode ser considerada como uma espécie de uma holding patrimonial, com o objetivo de ser proprietária de imóveis.

[5] MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens*: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. São Paulo: Atlas, 2011. p. 4.

Note-se que, para que seja caracterizada como holding, a sociedade deverá constar em seu contrato social o objeto de participação em outras sociedades.

2. Holding Familiar.

2.1. Definição.

A *holding* familiar não pode ser qualificada como um tipo específico, devendo-se analisar outros aspectos, como bem leciona Mamede:

> A chamada holding familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma holding pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se encartar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc.[6]

A criação de uma *holding* familiar deve-se principalmente à necessidade de organização das atividades empresariais, não apenas para separar as áreas produtivas e aquelas patrimoniais, mas também constitui uma instância societária apropriada para conter e proteger a participação e controle mantido sobre outras sociedades que sejam administradas por familiares ou que tenham familiares em seu quadro societário.

Veja o que leciona Mário Tavernard sobre o tema:

> No contexto das sociedades familiares, a holding pode desempenhar um papel bastante importante,

[6] MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 5.

> especialmente nos casos de existência de várias sociedades operacionais. Com a criação da sociedade holding para deter e gerir as participações societárias, propicia-se a harmonização de estratégias entre todas as sociedades do grupo. As relações e conflitos societários se restringirão à sociedade holding, causando menores impactos nas atividades das sociedades operacionais."[7]

Sobre as vantagens do controle propiciado pela criação da *holding*, vejamos o que nos ensina Gladston Mamede:

> Em oposição, é possível e mesmo recomendável que as organizações produtivas, principalmente as empresas familiares, reconheçam os benefícios de uma análise séria de sua organização, sua estrutura, seus métodos de funcionamento etc. Dessa análise pode resultar a concepção de uma arquitetura societária que, incluindo ou não a constituição de uma holding (conforme o caso que se apresente e suas características individuais), melhor atenderá à realidade atualmente vivenciada pela(s) empresa(s), bem acolherá e expressará seus planos e desejos futuros."[8]

É indubitável, assim, que a holding pode trazer benefícios para a gestão das sociedades, especialmente àquelas familiares, que tendem a incorporar conflitos pessoais para o interior da empresa.

Neste contexto, é necessário realizar um esclarecimento sobre a definição de "*holding familiar*". Existem doutrinadores que denominam *holding* familiar também a constituição de uma empresa para se concentrar o ativo de determinada família, concentrando-se o patrimônio e estabelecendo-se a forma de transmissão do patrimônio a seus herdeiros:

> Utiliza-se a expressão Holding Familiar para qualificar uma empresa que controla o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, ou seja, ao invés das pessoas físicas possuírem bens em seus próprios nomes, possuem através de uma pessoa jurídica – a controladora

[7] CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Op. cit. p. 459.

[8] MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 53.

> patrimonial, que geralmente se constitui na forma de uma sociedade limitada que, via de regra, tem a seguinte denominação social (nome patronímico, ou outro à escolha) Empreendimentos, ou Participações, Comercial Ltda.[9]
>
> A formação de uma empresa holding familiar promove a reunião de todos os bens pessoais no patrimônio desta sociedade, oferecendo a seu titular a possibilidade de entregar a seus herdeiros as cotas ou ações, na forma que entenda mais adequada e proveitosa para cada um, conservando para si o usufruto vitalício dessas participações, o que lhe proporciona condições de continuar administrando integralmente seu patrimônio mobiliário e imobiliário.[10]

Contudo, esta sociedade criada para administrar ativo de determinada família não pode ser considerada uma *holding* familiar. Isso porque, neste caso, não há participação, por uma sociedade, nas ações ou quotas de outras sociedades. Está ausente este requisito essencial para caracterização da sociedade como *holding*.

Com isso, muito embora a criação de uma empresa para administração dos bens familiares possa ser um instrumento eficaz para reorganização societária e planejamento sucessório, este não se enquadra no conceito de *holding* familiar aqui abordado.

Assim, as diversas espécies de *holdings* que tratamos no item acima deverão ter, precipuamente, a característica de participação em outras sociedades, e não meramente a administração de bens (inclusive a *holding* patrimonial e imobiliária). Se cumuladas estas funções, será uma *holding* mista, conforme já citado neste artigo.

---

[9] BERGAMINI, Adolpho. Constituição de empresa Holding Patrimonial, como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/698>. Acesso em: 20 dez. 2011.

[10] OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio*: uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 1995. p. 25.

3. Vantagens.

3.1. Estruturação e Concentração da Atividade Empresarial.

A constituição de uma *holding* familiar se mostra eficaz quando há um núcleo familiar participante de várias empresas atuantes no setor produtivo. Isso porque esta *holding* será a controladora destas empresas operacionais, acarretando na centralização na administração das sociedades.

Nessa perspectiva, assume a *holding* uma posição de organização negocial das empresas que fazem parte do grupo, podendo definir parâmetros de funcionamento (como processos operacionais uniformes), estabelecer metas e otimizar os resultados.

Através dessa centralização administrativa, a *holding* pode assumir também um papel de núcleo de representação de todas as sociedades.

Com efeito, a *holding* torna-se a sociedade representante das empresas, "na mesma proporção em que também representa a família que a controla."[11].

Esta concentração administrativa também pode repercutir no contexto econômico da *holding*, tendo em vista que esta pode se tornar a representante de todas as empresas controladas junto a outros órgãos governamentais e instituições financeiras, estabelecendo um relacionamento direto entre elas. Consequentemente, a *holding* terá aumentado o seu poder de negociação e reforçado a sua própria imagem junto a estas entidades.

3.2. Possibilidade de Diminuição de Conflitos Familiares.

É notório que pode haver disputas e brigas entre os membros de uma mesma família, ainda mais quando estão envolvidas questões patrimoniais. Em virtude disso, a constituição de *holdings* familiares

[11] MAMEDE, Gladston Op. cit. p. 55.

tem sito usada para o planejamento sucessório, evitando-se, de certa forma, a existência e permanência de certos conflitos familiares.

Outra vantagem verificada reside na possibilidade de as relações existentes passarem a ser submetidas às regras de Direito Societário, e não mais de Direito de Família, tendo em vista que o primeiro possui instrumentos mais eficazes para solucionar conflitos gerados nesta situação.

Citamos, como exemplo, a necessidade de os sócios respeitarem a *affectio societatis*, transcrita na obrigatoriedade de atuarem para o bem da sociedade.

Ademais, no âmbito da sociedade, o respectivo contrato/estatuto social deve ser respeitado e cumprido, inclusive suas disposições a respeito de conflitos societários.

Veja, mais uma vez, a lição de Mamede:

> Mais do que isso, o contrato social (sociedade por quotas) ou o estatuto social (sociedade por ações) viabiliza a instituição de regras específicas para reger essa convivência, dando ao instituidor, nos limites licenciados pela lei e pelos princípios jurídicos, uma faculdade de definir as balizas que orientarão a convivência dos parentes em sua qualidade de sócios quotistas ou acionistas da convivência dos parentes em sua qualidade de sócios quotistas ou acionistas da holding.[12]

Pode-se colocar ainda que os conflitos entre os membros da família, com a criação da *holding*, não se realizarão no ambiente de produção da empresa, não influenciando na organização produtiva, uma que os conflitos serão resolvidos no âmbito da *holding.*

Com isso, as empresas controladas, que são as operacionais, podem não sofrer a conseqüência direta dos conflitos gerados, evitando-se prejuízos imediatos em casos como este.

[12] MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 58.

3.3. Profissionalização da atuação dos sócios.

Com a constituição de uma *holding* familiar, principalmente quando for *holding* pura, todos os membros da família serão colocados em um mesmo patamar: todos serão apenas sócios da empresa *holding*.

Como a *holding* pura não tem atividade operacional, a administração da sociedade pode ser atribuída a todos os sócios, ou ser atribuída a algum em especial[13].

Como esclarece Mamede:

> [...] no âmbito de uma holding pura, os sócios nivelam-se. Mesmo uma filha que tenha optado por se dedicar às prendas domésticas terá a mesma retirada de um filho executivo: a receita obtida a partir do patrimônio familiar (quotas, ações, títulos, imóveis, móveis, etc.), partilhada na proporção da participação societária. Em oposição, aqueles que mostrem pendor para atuar nas sociedades operacionais, nelas tomarão lugar, sendo remunerados por esse trabalho, segundo as regras do Direito Empresarial (administradores societários, que são remunerados por meio de pro labore) ou do Direito do Trabalho, se desempenharem funções ao longo dos níveis operacionais da organização empresarial: jornalistas, engenheiros, relações públicas etc.).[14]

Procedendo dessa forma, o direito à participação nos lucros em nada se confunde com o trabalho exercido na sociedade.

Surge a possibilidade de se afastar os membros da família da gestão da sociedade, uma vez não possuírem capacidade necessária, colocando-se no lugar um administrador estranho à família, com plenas aptidões administrativas: "A holding familiar também pode servir para afastar a família da direção e execução dos atos negociais, embora mantendo o controle das sociedades operacionais"[15].

---

[13] MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 59.

[14] Ibid. p. 63.

[15] Ibid. p. 65.

A situação torna-se mais simples quando existe um herdeiro universal, pois a ausência de capacidade de gestão será refletida somente seu patrimônio, uma vez inexistirem demais herdeiros.

Entretanto, o problema reside nos casos em que se tenha uma coletividade de herdeiros. Nesses casos, a pretensão e a insistência em administrar as empresas, manifestada por um ou alguns herdeiros, acaba por produzir resultados diretos sobre os demais, mesmo quando se mantenham afastados do negócio. Por isso a importância da *holding*, afastando estes possíveis conflitos do âmbito produtivo e transferindo para a empresa controladora.

3.4. Proteção contra terceiros.

A constituição da *holding* familiar demonstra-se também como estratégia jurídica de se manter o controle societário sempre nas mãos dos herdeiros.

Essa estratégia jurídica é ainda mais eficaz quando se prepara para enfrentar o risco de ataques de terceiros, resultado das opções de vida tomadas por cada herdeiro, sócios da *holding*, e a possibilidade de, apesar delas, manter o controle societário da sociedade operacional[16].

Com isso, a *holding* familiar pode ser um meio eficaz de se manter o controle sobre determinada sociedade. Suponha-se que um patriarca possua 51% de participação em uma determinada sociedade, e, quando vem a falecer, transfere as ações para 3 filhos (na situação hipotética de não haver uma cônjuge meeira).

Se esta transferência ocorrer da maneira tradicional, cada filho terá uma participação de 17% da sociedade, e eles poderão perder o controle desta sociedade. Se for criada uma *holding* familiar que detém a participação de 51% da sociedade operacional, e as ações da *holding* familiar forem transferidas aos herdeiros quando do falecimento do patriarca, eles continuarão a possuir o controle

[16] MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 63.

societário da sociedade, tendo em vista que a *holding* continuará possuindo 51% das quotas da sociedade controlada e cada herdeiro possuirá 33,33% de participação na *holding*.

Se os herdeiros tiverem alguma divergência de como a sociedade operacional deve atuar, eles discutirão isso no âmbito da *holding*, e a própria *holding*, com 51% de participação, que tomará a decisão na sociedade controlada, e não os herdeiros separadamente.

Desta forma, pode ser evitado que briga entre os herdeiros afete o andamento da sociedade controlada, bem como evitar que os herdeiros possam perder o poder de controle desta sociedade.

4. Planejamento sucessório.

Com a morte, o patrimônio do *de cujus* lança-se aos herdeiros através dos procedimentos de inventário, que se mostra bastante burocrático e moroso. Em certas ocasiões, pode até ocasionar em longas disputas e brigas entre os herdeiros.

Através da constituição da *holding*, a sucessão pode ocorrer de uma forma mais célere e justa, evitando as eventuais disputas, na medida em que o processo sucessório da empresa será coordenado pelo próprio empresário.

Além disso, as técnicas e instrumento societários proporcionados pela criação da holding facilitarão a gestão do patrimônio, e, consequentemente, dos conflitos familiares, tornando mais tranquila a transição entre gerações[17].

Em relação ao planejamento sucessório através da *holding,* pode-se verificar que o patrimônio familiar (obviamente, a parcela do patrimônio escolhida pelos sócios para integrarem a *holding* familiar) não mais pertencerá à pessoa natural, mas à pessoa jurídica criada.

Destarte, a sucessão hereditária não se dará nos bens que o empresário anteriormente possuía, ou na participação societária das

[17] CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Op. cit. p. 460.

empresas "operacionais", mas sim na participação societária da *holding*.

Essa transferência de ações ou quotas pode ser dar antes ou depois da morte do empresário.

Se antes do falecimento a transferência realizada através de doação, caracterizando adiantamento de legítima. Em oposição, se a transferência for realizada após a morte, a mesma será feita por testamento ou por outros meios legais.

Alternativamente, há o recurso do usufruto: transfere-se aos herdeiros apenas a nua propriedade dos títulos societários (quotas ou ações), mantendo o(s) genitor(es) a condição usufrutuários[18].

Desta forma, pode o empresário já estabelecer como serão transferidas as quotas antes do seu falecimento, mantendo para si, como condição de usufrutuário, a garantia de dividendos até a sua morte, por exemplo.

Na hipótese de transferência em vida por meio da doação, esta pode ser feitas com cláusulas restritivas que permitem a proteção do patrimônio familiar. Por exemplo, pode ser feita doação das quotas/ações com cláusula de incomunicabilidade, e, consequentemente, estas serão excluídas da comunhão caso haja separação judicial de cônjuges.

Na hipótese de sucessão da participação societária, é importante que o ato constitutivo da *holding* preveja diversas situações que, na morte do empresário, os herdeiros já tenham aceito de antemão o modo como ocorrerá a transferência das quotas/ações:

> Ao lado da importância de definição do quadro societário, o ato constitutivo deve prever uma série de questões relevantes de acordo com o respectivo contexto, tais como: normas próprias para deliberação dos sócios, direito de preferência ou covenda, possibilidade de exclusão extrajudicial de sócio, cláusula de apuração de haveres em caso de sucessão ou separação, regras sobre administração, procedimentos

[18] MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 81.

> para prestação de contas, (in) existência de ações preferenciais.[19]

Simultaneamente a estas disposições, o empresário e seus herdeiros podem celebrar acordos de acionistas ou quotista, prevendo diversas situações para prever, prevenir e resolver conflitos que possam surgir durante a sucessão.

Como exemplos de cláusula a serem tratadas neste acordo, temos: regras para sucessão das quotas/ações, normas para controle das sociedades, exercício do direito de voto, regras para escolha de administrador, dentre outros[20].

Todos estes instrumentos facilitam a transição da administração da sociedade por conta da sucessão, prevenindo eventuais conflitos e resolvendo estas questões na própria empresa *holding*, sem que isso afete o funcionamento e continuidade das empresas operacionais.

5. Dissolução.

A dissolução da *holding* familiar, voluntária (por deliberação dos sócios), pelo término do prazo de sua duração ou por determinação judicial, submete-se às normas comuns de dissolução de sociedades.

Importa observar que, assim que dissolvida, a sociedade entrará em processo de liquidação, que é o conjunto de atos destinados a realizar o ativo, efetuar o pagamento do passivo e destinar o saldo que restar, mediante partilha, aos sócios ou acionistas.

Conforme já mencionado, o sócio da *holding* não é mais proprietário dos bens e quotas/ações que integralizou no capital social, mais sim tem participação nas quotas/ações desta nova sociedade criada.

---

[19] CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Op. cit. p. 461.

[20] Ibid. p. 461.

Desta forma, não pode um sócio da *holding* familiar requerer, por exemplo, que caso se dissolva esta sociedade ele tenha restituído um bem que integralizou no capital social da *holding*, tendo em vista que ele não é mais proprietário daquele bem. O que ocorre é que este bem integralizado passou para a propriedade da *holding* criada, e, consequentemente, o sócio passou a ter quotas/ações daquela empresa.

Assim, dissolvida esta sociedade, sua liquidação de dará da forma como prescrito nos artigos 1.102 e seguintes do Código Civil (caso seja uma sociedade limitada), ou nos moldes da Lei 6.404 (se for uma Sociedade Anônima) e o sócio terá direito à apuração dos seus haveres, e não à restituição daquele bem.

O julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito elucida algumas das questões debatidas no presente artigo:

> (...)
> 2. No presente caso, cinge-se a controvérsia em saber se a participação indireta tem o condão de conferir à sócia cotista da holding familiar - que participa como sócia majoritária do quadro social de outras empresas -, o direito de pedir a exibição de documentos que a lei confere aos sócios destas últimas.
> 3. No grupo de empresas de que cuidam os presentes autos, a primeira recorrente é sócia de quatro holdings familiares que – possuindo quase a totalidade das quotas das demais empresas do grupo-, deixam de ser apenas depositárias de participações societárias, assumindo papel primordial de governo de toda a organização.
> 4. Sobreleva, aqui, para além da questão do "sócio direto", o interesse em se verem exibidos documentos que, em virtude de relações jurídicas coligadas, são comuns às partes.
> 5. A existência da relação jurídica entre as empresas controladas e as holdings familiares está intimamente relacionada com o liame jurídico entre estas e a recorrente, defluindo-se daí interesses diretos e indiretos sobre todas as sociedades empresariais do grupo, uma vez que o aviltamento do patrimônio das sociedades controladas acarretará, consequentemente, o esvaziamento do patrimônio das sociedades controladoras, da qual a recorrente integra diretamente o quadro social.

> 6. Sob a ótica de que, in casu, a personalidade jurídica no grupo de empresas deve ser tomada dentro da realidade maior da junção das empresas componentes, e não no seu aspecto meramente formal, a confiança que deve reinar entre os sócios da empresa também deve imperar no relacionamento entre os sócios da holding e as empresas coligadas, constituindo-se em um dos pilares da affectio societatis.
> 7. Ao impedir-se o acesso da recorrente aos documentos das empresas coligadas apenas com fundamento em uma interpretação restritiva dos arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil e do art. 844, II, do CPC corre-se o risco de instaurar-se, ou arrefecer-se, um clima de beligerância entre os sócios da holding, comprometendo a existência da affectio societatis e, em última análise, atuando contra os princípios da confiança e da preservação da empresa. (...)[21]

Referido acórdão consigna que é *holding* familiar aquela empresa que possui participação em outras sociedades, e não meramente realiza administração patrimonial.

Também demonstra que os sócios da *holding* são "sócios indiretos" da empresa controlada, tendo em vista que a *holding* que passa a ter participação no quadro social da empresa operacional.

Por fim, demonstra o referido acórdão que, mesmo após a criação de uma *holding* familiar que possui participação em uma ou mais empresas "controladas", deve permanecer o *affectio societatis* como um dos pilares para sustentar a viabilidade da empresa.

6. Conclusão.

Como demonstrado neste artigo, a *holding* familiar tem um objetivo em sua constituição: o de trazer diversos benefícios aos seus sócios que são membros de uma mesma família.

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1223733/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salmão. Quarta Turma. Brasília, 07 de abril de 2011.

Depois de explanadas algumas das vantagens de sua constituição, pôde se verificar como conflitos sucessórios e problemas societários organizacionais podem ser solucionados por meio da constituição de uma *holding*, protegendo o patrimônio no seio familiar.

Verifica-se que há o amparo legal para todos os benefícios trazidos pela *holding*, demonstrando que não são apenas meios de se beneficiar financeiramente através de ilegalidades mas, sim, através de planejamentos estratégicos que podem gerar conseqüências positivas para a família e a empresa.

Salienta-se que o sucesso da *holding* está ligado à utilização de recursos estratégicos compatíveis, planejamento, estabelecimento de padrões e metas, preocupação com os resultados das empresas operacionais e permanência do *affectio societatis* no grupo familiar, possibilitando, assim, a boa gestão empresarial e geração dos frutos esperados.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO ARTIGOS NA RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato ".doc" para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br

3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

(a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
(b) Orientação: retrato;
(c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
(d) Alinhamento: justificado;
(e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea "h" abaixo);
(f) Espaçamento: 0 pt antes e depois no texto e 0 pt antes e 6 pt depois para as notas de rodapé; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea "h" abaixo);
(g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
(h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em "itálico" ou "negrito", à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão "grifos do autor"); espaçamento entrelinhas: simples; e
(i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

4. Os artigos deverão possuir:

(a) sumário;
(b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto e o outro necessariamente o inglês;
(c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
(d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas 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.