

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 23

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 2018

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

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

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

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

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Vinicius Figueiredo Chaves (UFRJ), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Sergio Negri (UFJF) e Uinie Caminha (UNIFOR).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 23 (julho/dezembro 2018)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2020.

Colaboraram neste número

Alexandre Aguilar Santos

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, com período “sanduíche” na *Università degli Studi Camerino (UNICAM)*, Itália. Pesquisador no Grupo de Pesquisa: Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade – EDRESP.

E-mail: alexandreaglaw@outlook.com

Caroline da Rosa Pinheiro

Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade – EDRESP. Advogada.

E-mail: caroline.ufjf@gmail.com

Guilherme Della Guardia Pires

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Advogado.

E-mail: gpires@glpi.com.br

Jacques Labrunie

Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela *Université de Droit de Paris II (Panthéon/Assas)*. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro –UERJ. Membro do Conselho Diretor da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI. Advogado.

E-mail: jlabrunie@glpi.com.br

Leonardo Figueiredo Barbosa

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela UERJ. Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Bacharel em Direito pela UFRJ.

E-mail: lfb.oab@gmail.com

Lucas Caminha

Mestre em Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/RJ. Advogado.

E-mail: lucascaminha@bocombbm.com.br

Manoel Justino Bezerra Filho

Doutor e Mestre em Direito Comercial, especialista em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Escola Paulista da Magistratura – EPM.

E-mail: manoeljustino@hotmail.com

Marcelo Vieira von Adamek

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

E-mail: m-adamek@uol.com.br

Mauro Teixeira de Faria

Doutorando em Direito na área de Empresas e Atividades Econômicas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito na área de Empresas e Atividades Econômicas na UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado.

E-mail: mfaria@gc.com.br

Sérgio Campinho

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.

E-mail: scampinho@campinhoadv.com

Thalita Almeida

Mestre em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora, advogada e consultora nas áreas de Direito Empresarial, contencioso cível e Contratos.

E-mail: thalita.almeida@bastostigre.adv.br

Sumário

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO COM FINALIDADE ECONÔMICA Sergio Campinho.....	1
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO NÃO EMPRESÁRIO Manoel Justino Bezerra Filho	39
INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E GARANTIA DE COTAÇÃO Marcelo Vieira von Adamek	69
CONSIDERAÇÕES SOBRE PANDEMIA E ACESSO A TECNOLOGIAS ESTRATÉGICAS Jacques Labrunie e Guilherme Della Guardia Pires	95
OS AGENTES DE TRATAMENTO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA Leonardo Figueiredo Barbosa, Caroline da Rosa Pinheiro e Alexandre Aguilár Santos	121
SANEAMENTO DA SOCIEDADE ENVOLVIDA EM ATOS DE CORRUPÇÃO POR MEIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL Mauro Teixeira de Faria	163
A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO SEM O CONSENTIMENTO DE CREDORES Thalita Almeida	193
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ENVOLVIDAS EM ATOS DE CORRUPÇÃO PODEM NEGOCIAR UM ACORDO DE LENIÊNCIA CONJUNTO COM A CGU (LEI Nº 12.846) E O BANCO CENTRAL DO BRASIL (LEI Nº 13.506)? A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO ENTRE AS AUTORIDADES NO INCENTIVO A DELATORES Lucas Caminha	225

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO COM FINALIDADE ECONÔMICA¹

JUDICIAL REORGANIZATION OF NOT-FOR-PROFIT ASSOCIATIONS WITH ECONOMIC PURPOSE

Sérgio Campinho

Resumo: O presente parecer defende a possibilidade de associações com finalidade econômica poderem requerer recuperação judicial. Discorre, inicialmente, sobre o sistema restritivo adotado pela legislação falimentar/recuperacional brasileira e a sua necessária superação diante de um novo conceito que se apresenta – o de agente econômico. Conclui pela ineficiência da concordata civil como instrumento de superação da crise econômico-financeira do agente econômico não enquadrado formalmente como empresário. Consta haver a existência de uma lacuna legislativa no que se refere ao adequado tratamento para a superação da crise enfrentada por determinados agentes econômicos não qualificados formalmente como empresários. Vale-se das técnicas de interpretação e integração do ordenamento jurídico brasileiro para concluir pela possibilidade de requerimento de recuperação judicial por associações com finalidade econômica.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Associação. Finalidade Econômica. Agente Econômico. Vácuo Legislativo. Inexistência de vedação.

Abstract: This legal opinion advocates the possibility of a not-for-profit association with economic purpose files for judicial reorganization. Initially, it discusses the restrictive system adopted by the Brazilian bankruptcy/judicial reorganization law and the need of re-

¹ Artigo recebido em 18.09.2020 e aceito em 23.09.2020.

modeling it before a new concept that emerges – the economic agent concept. It concludes for the inefficiency of the civil insolvency regime as a mechanism to overcome the economic-financial crisis of the economic agent not formally qualified as a for-profit organization (business). It points out the existence of a legislative gap as to the adequate and efficient mechanism to overcome the crisis faced by economic agents not formally qualified as a for-profit organization (business). Based on the interpretation and integration techniques, it concludes for the possibility of a not-for-profit association with economic purpose files for judicial reorganization.

Keywords: Judicial Reorganization. Not-for-profit Association. Economic Purpose. Economic Agent. Legislative Gap. Absence of prohibition.

Sumário: I. A Consulta. II. O Parecer. II.1. O Sistema Restritivo e a sua Necessária Superação Diante de um Novo Conceito: o de Agente Econômico. II.2. Uma Visão Contemporânea de Associação. II.3. A Superação da Crise Econômico-Financeira pela Recuperação Judicial. II.4. A Ineficiência da Concordata Civil como Instrumento de Superação da Crise Econômico-Financeira do Agente Econômico. II.5. A Posição Especial de Determinados Agentes Econômicos: uma Lacuna a Ser Preenchida. II.6. A Relevância das Técnicas Decisórias. III. As Respostas aos Questos.

I. A Consulta.

A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI, através do Escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – Advogados Associados, formula consulta acerca da possibilidade de obter proteção judicial,

por meio do instituto da recuperação judicial, a fim de poder enfrentar e superar a crise econômico-financeira que tem vivenciado.

Esclarece que é mantenedora de centros de ensino, com destaque para a Universidade Cândido Mendes – UCAM, instituição que data do ano de 1902, e que atualmente mantém os cursos Sequenciais, Graduação, Pós-Graduação e Extensão, além da atividade de Pesquisa.

Informa que a UCAM conta com 1.376 (mil trezentos e setenta e seis) funcionários – 705 (setecentos e cinco) docentes e 671 (seiscentos e setenta e um) administrativos – e com mais de 10.000 (dez mil) alunos nos cursos presenciais e mais de 2.000 (dois mil) alunos na modalidade de ensino à distância.

Indica, ainda, que o Instituto Cândido Mendes, também constituído sob a forma de associação, é titular de valioso ativo, garantidor das obrigações da Consulente mantenedora, e que deve, por isso, ser também objeto de proteção judicial, para que se possa realizar, com êxito, a recuperação judicial. O aludido Instituto tem por objeto a “realização de estudos, pesquisas e ensino no campo das ciências sociais, da cultura, da ecologia, acompanhamento de ambientes organizacionais e consultorias de empresas nas áreas administrativa, tributária, econômico-financeira e de tecnologia de informação, atuando por intermédio de: a) convênios e contratos com pessoas físicas ou jurídicas, nos setores público e privado, no Brasil e no exterior; b) promoção de cursos e outras atividades didáticas e culturais; c) organização de centro de documentação e estruturação de base de dados; d) intercâmbio de experiência e informações; e) divulgação de trabalhos de interesse científico, em edição ou coedição; f) formação e qualificação de pesquisadores, através de estágios remunerados a professores e estudantes dos cursos de graduação e pós-graduação” (artigo 2º do Estatuto do Instituto Cândido Mendes).

A fim de subsidiar sua argumentação, a Consulente solicita a elaboração de parecer que responda aos seguintes quesitos:

1º quesito: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, agentes econômicos formalmente constituídos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas como associações civis, possuem legitimidade para requerer o deferimento do processamento de sua recuperação judicial? Por quais razões?

2º quesito: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, à luz do segmento econômico de educação, ensino e cultura em que atuam, fogem do rol de proibição para o deferimento do processamento da recuperação judicial disposto no art. 2º e incisos da Lei nº. 11.101/2005? Por quê?

3º quesito: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM – detém elementos de empresa configurados, na forma do art. 966 do Código Civil?

A Consulente encaminhou os seguintes documentos:

- a) Estatuto da ASBI;
- b) Ata de eleição da diretoria da ASBI;
- c) Estatuto da UCAM;
- d) Relatório sintético da folha de pagamento;

- e) Gráfico geral de matrículas de 2013.1 a 2019.2;
- f) Histórico da Instituição de Ensino Cândido Mendes; e
- g) 3ª alteração e consolidação do Estatuto do Instituto Cândido Mendes.

II. O Parecer.

Diante dos quesitos apresentados e dos documentos que me foram encaminhados pela Consulente, optei por dividir o presente parecer jurídico nos tópicos abaixo indicados, com o escopo de tornar a exposição mais didática e objetiva:

- a) O sistema restritivo e a sua necessária superação diante de um novo conceito: o de agente econômico.
- b) Uma visão contemporânea de associação.
- c) A superação da crise econômico-financeira pela recuperação judicial.
- d) A ineficiência da concordata civil como instrumento de superação da crise econômico-financeira do agente econômico.
- e) A posição especial de determinados agentes econômicos: uma lacuna a ser preenchida.
- f) A relevância das técnicas decisórias.
- g) As respostas aos quesitos.

Assim, passo à análise de cada um dos mencionados tópicos.

II.1. O Sistema Restritivo e a sua Necessária Superação Diante de um Novo Conceito: o de Agente Econômico.

O sistema restritivo do direito falimentar brasileiro é de longa tradição. O Código Comercial de 1850, marco do direito falimentar nacional², teve a sua Parte Terceira reservada às *quebras*³ (artigos 797 a 911) e dirigiu a sua disciplina apenas aos comerciantes (artigo 797). O Código dedicava-se ao aspecto material do instituto, ficando a cargo do Decreto nº. 738/1850 (artigos 102 a 187), posteriormente modificado pelo Decreto nº. 1.597/1855, a regência procedimental.

Na verdade, a limitação do instituto à figura do comerciante antecedeu ao Código de 1850. A Lei de 20 de outubro de 1823, editada após a proclamação da independência, determinou que a legislação portuguesa continuasse vigente no Brasil até que fosse paulatinamente sendo substituída pelas leis brasileiras⁴. Desse modo, a Lei da Boa Razão, Alvará Português de 1769 da “Era Pombalina”, que determinava a aplicação subsidiária da legislação das “nações civilizadas”, permaneceu a ser observada no País. Com a providência, continuou o Código Comercial Napoleônico de 1807 a regular as questões relativas ao direito falimentar entre nós. Estima-se que, com a edição do prefalado Alvará, a falência passou a ser dirigida no Brasil somente aos comerciantes, pois assim o era no direito francês⁵, muito embora a atividade econômica no período colonial, seja pela falta de um mercado consumidor consistente, seja pela política monopolista imposta por Portugal à sua colônia, fosse bastante incipiente⁶.

2 O Código Criminal Imperial de 1830, em seu artigo 263, já tipificava como crime a falência (então chamada de *bancarrota*) que fosse qualificada como fraudulenta.

3 Vocábulo à época bastante empregado para designar a falência.

4 BARRETO FILHO, Oscar. Síntese da evolução histórica do direito comercial brasileiro. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, 1976, p. 23.

5 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. VII, p. 17-18.

6 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana Valéria. A preservação da

O Decreto Republicano nº. 917/1890, que modificou totalmente a estrutura da legislação até então vigente, instituindo, inclusive, os meios preventivos da declaração de falência⁷, manteve o instituto restrito aos comerciantes (artigo 1º). O mesmo curso foi seguido pela Lei nº. 859/1902 (artigo 1º), pela Lei nº. 2.024/1908 (artigo 1º) e pelo Decreto-Lei nº. 7.661/1945 (artigo 1º).

Com o advento do Código Civil de 2002, impôs-se a releitura do então vigente artigo 1º do Decreto-Lei nº. 7.661/1945, com o escopo de adaptá-lo à nova ordem jurídica que incorporou, de forma geral e definitiva, a teoria da empresa em nosso ordenamento jurídico, passando a ser sujeito da falência e da extinta concordata o empresário (individual ou sociedade empresária)⁸.

A Lei nº. 11.101/2005 seguiu o mesmo curso, assim estatuiu em seu artigo 1º: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

Nesse contexto, a condição jurídica de empresário individual ou de sociedade empresária passou a definir o acesso aos institutos da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência, deixando de fora inúmeras atividades economicamente relevantes na economia nacional.

A razão histórica de ser do sistema restritivo residiu na ideia de que a atividade econômica era desenvolvida pelos comerciantes e, em uma visão mais atualizada no Direito brasileiro dos anos 1960/1970, pelos empresários, reclamando, pois, um regime jurídico próprio para tratar de sua insolvência, apartado do regime civil.

empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de direito empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. V, p. 80-81.

7 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948, v. I, p. 16.

8 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 35.

No entanto, o ato de empresa, de crescente presença no direito que se construiu nos meados do século XX – como se tem por testemunho o Código Civil italiano de 1942 –, foi extemporaneamente encampado por nosso direito positivo. Diz-se que nasceu, entre nós, ultrapassado⁹.

No direito do século XXI, a restrição do regime especial de insolvência aos empresários revela lamentável atraso e visão divorciada do mercado. O ato de empresa e a caracterização do empresário são falhos, pois excluem do regime outros sujeitos exercentes de atividade econômica que produzem riquezas, bens ou serviços e assumem responsabilidade social. Com efeito, o exercício da atividade empresarial contemporânea já não mais se assenta fundamentalmente na propriedade dos meios de produção, mas sim na qualidade dos objetivos almejados pelo agente econômico, impondo à ordem jurídica a realização obrigatória dos fins sociais definidos na constituição¹⁰.

Há, portanto, que se proceder a uma necessária alteração de eixo, que se desloca do empresário para o agente econômico.

A evolução e a realidade dos fatos sociais, aliadas à necessidade de o Direito tutelar adequadamente o bem jurídico da vida perseguido contemporaneamente no Direito da Insolvência, implica fazer uma leitura ampliativa e não restritiva do artigo 1º da Lei nº. 11.101/2005. Com isso, potencializa-se a preservação da atividade

9 Márcio Souza Guimarães, nesse sentido, sustenta: “O Código Civil de 2002 é o fruto de um projeto de lei que tramitou no Congresso Nacional por aproximadas três décadas. É natural que a atividade econômica tenha sido modificada durante o extenso lapso temporal de 1975 a 2002, fazendo com que a norma jurídica, criada para regulamentar o fato social, não mais tivesse correlação com a realidade” (GUIMARÃES, Márcio Souza. A ultrapassada teoria da empresa e o direito das empresas em dificuldades. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Coords.). *Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 691).

10 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 296.

econômica e permite-se que realize a sua função social, ao viabilizar o acesso do agente econômico aos instrumentos de recuperação e preservação da atividade desde que, evidentemente, não se encontre inserido no rol de proibições do artigo 2º do mesmo diploma legal. A providência pode se perfazer a partir da aferição de que se tem, em verdade, um autêntico hiato ou lacuna a ser preenchida no ordenamento jurídico ou, alternativamente, pelo emprego dos métodos de exegese racional e teleológico, que permitirão ao intérprete enxergar a lei com os olhos de seu tempo¹¹. Do contrário, estar-se-á reafirmando um sistema ineficiente e excludente por imprecisão de técnica legislativa¹².

11 Sobre o tema, já escrevi: “O sistema restritivo adotado não mais se justifica, pois deixa à margem da disciplina da Lei n. 11.101/2005 inúmeros agentes econômicos. A teoria da empresa não mais responde, adequadamente, aos anseios atuais do direito da insolvência, o qual se constitui em instrumento de controle da economia, devendo excluir do mercado os agentes econômicos inviáveis e preservar os viáveis. O objetivo da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial deve ser o da preservação da atividade econômica e não apenas daquela que se caracteriza como atividade empresária. O regime da insolvência civil se mostra como um sistema deficiente para cuidar da insolvência daqueles não qualificados como empresários e que desempenham atividade econômica, notadamente no que se refere à intitulada concordata civil (art. 783 do Código de Processo Civil de 1973, mantido em vigor por força do disposto no art. 1.052 do Código de Processo Civil de 2015), na qual se identifica manifesta impropriedade dos meios para a consecução do fim esperado: a preservação da atividade econômica. Os agentes econômicos não enquadrados juridicamente como empresários, como as sociedades simples e certas associações que realizam atividade econômica, por exemplo, igualmente são responsáveis pela geração direta e indireta de empregos, de tributos e de bens ou serviços para o mercado, promovendo uma efetiva função social da atividade econômica. Desse modo, urge que se amplie o conceito da sujeição ao regime da Lei n. 11.101/2005 para o agente econômico, não mais ficando limitado àqueles que se enquadrem juridicamente como empresários” (CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 36).

12 Nesse sentido, aduz Márcio Souza Guimarães: “O cotejo da lei 11.101/05 com o ato de empresa, disposto no Código Civil, terá como consequência a exclusão de diversos agentes econômicos relevantes ao Brasil, do sistema de insolvência empresarial. Diversos agentes econômicos, nitidamente empresários ou sociedades empresárias, assim não serão considerados, por imprecisão de técnica legislativa. Como consequência, a desigualdade e a injustiça econômica é verificada no âmbito do direito das empresas em dificuldades, em decorrência da ultrapassada teoria da empresa” (GUIMARÃES, Márcio Souza. Op. cit. p. 708).

II.2. Uma Visão Contemporânea de Associação.

As associações são pessoas jurídicas de direito privado. Nesse gênero também se incluem as sociedades e as fundações, consoante o disposto no artigo 44 do Código Civil¹³.

Diferencia-se a associação da fundação, porquanto esta última requer dotação especial de bens por meio de escritura pública ou disposição testamentária, para os fins delimitados pelo Código Civil¹⁴, submetendo-se, por esse motivo, a regime jurídico especial e ao controle do Ministério Público. Não se perfaz da conjugação de esforços pessoais para a consecução de objetivos comuns, tenham eles ou não conteúdo econômico.

Com a sociedade, em sua versão pluripessoal, a associação apresenta traços de identificação, pois ambas exigem o concurso de esforços pessoais de seus integrantes para a realização de fins que lhes são comuns. Haverá, necessariamente, a combinação de esforços e/ou recursos de seus membros para lograrem atingir um objetivo comum¹⁵.

13 A Lei nº. 10.825/2003 fez expressamente constar de seu rol as organizações religiosas e os partidos políticos, que são, em verdade, modalidades especiais de associação e não um novo tipo de pessoa jurídica de direito privado. Ulteriormente, a Lei nº. 12.441/2011 aditou a listagem do indigitado preceito codificado para nele integrar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, a qual se apresenta, a meu ver, como uma sociedade unipessoal. O elenco do artigo 44, no entanto, não é taxativo, mas sim enunciativo, pois ao grupo se adicionam os intitulados “serviços sociais autônomos”, modalidade de pessoa jurídica de direito privado que recebe contribuições parafiscais e tem aplicação vinculada à missão legal que justificou a sua criação. Nos termos do artigo 240 da Constituição Federal, foram ressalvadas do disposto em seu artigo 195 as contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que são exemplos o SESI, o SENAI, o SESC e o SENAC.

14 Nos termos do parágrafo único do artigo 62 do Código Civil, a fundação somente pode constituir-se para fins de: a) assistência social; b) cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; c) educação; d) saúde; e) segurança alimentar e nutricional; f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; g) pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; h) promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e i) atividades religiosas.

15 Francisco Amaral explana que “A sociedade é espécie do gênero associação, consideran-

O Código Civil define associação como a união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (artigo 53). Entretanto, o dispositivo reclama adequada interpretação.

Nas associações, os seus componentes não visam à partilha de lucro, mas sim a realizar objetivos de natureza cultural, educacional, assistencial, recreativa, esportiva, filantrópica, entre outros, muitos deles revestidos de economicidade. Circunscrito nesse espírito é que vem a definição do Código Civil de que a associação não tem fim econômico. Isso não quer, logicamente, dizer que a pessoa jurídica não possa auferir rendimentos no desempenho de suas atividades, como, por exemplo, aquelas receitas decorrentes de prestação de serviços remunerados. O que vem obstado pelo ordenamento é que esse ganho remunere, na forma de lucro, o seu quadro social. Deve ser aplicado exclusivamente no desenvolvimento da própria atividade, ou seja, na realização dos fins da própria entidade¹⁶.

Nas sociedades¹⁷, por seu turno, o ponto central da união de seus integrantes consiste na exploração de atividade econômica, mas com o objetivo de obter e dividir os ganhos dela advindos. O que motiva os sócios é o escopo de partilhar lucros.

Nesse sentido, ao comentarem o indigitado preceito codificado, professam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, valendo-se, inclusive, do magistério de Caio Mário da Silva Pereira¹⁸:

do-se esta em sentido amplo. Em senso estrito são duas espécies, duas figuras típicas do fenômeno associativo. As disposições legais concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades (CC, art. 44, parágrafo segundo)” (*Direito civil*: introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 349).

16 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 46.

17 Empresárias ou simples.

18 *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. I, p. 140-141.

A distinção entre as associações e as sociedades, ao contrário do que poderia sugerir uma primeira leitura do dispositivo, não tem como fator primordial o caráter econômico ou não da atividade desempenhada. Com efeito, embora o art. 53 defina as associações como entidades voltadas para “fins não econômicos”, a expressão não pode ser interpretada de forma literal. Evidentemente, ao se unirem para determinado fim, os associados visam extrair desta união algum tipo de vantagem, que, não raro, resulta de atividade ou serviço prestado pela associação, havendo aí, por definição, natureza econômica. O que não há nas associações é a finalidade lucrativa, ou seja, o objetivo primordial de produzir lucros e reparti-los entre os associados. Essa persecução do lucro e sua partilha são traços que caracterizam as sociedades, e que servem justamente a diferenciá-las das associações, na concepção mais moderna.

Nesta direção, Caio Mário da Silva Pereira destaca que se encontram compreendidas no conceito de associação aquelas entidades que realizam negócios que visam ao alargamento patrimonial, mas sem proporcionar ganhos aos seus integrantes, assim como aquelas que forneçam vantagens materiais aos associados, sem caráter pecuniário: “Assim é que não perdem este caráter as associações recreativas que mantêm um serviço de venda de refeições aos associados, ou cooperativas que fornecem aos seus membros víveres e utilidades, muito embora instituem margem de lucro e benefício da própria entidade” (*Instituições*, p. 350). Desse modo, o requisito da ausência de fim lucrativo não é retirado pela requisição de contribuição dos associados, pela remuneração de certos serviços ou pela verificação de superávit no balanço patrimonial.

Melhor teria sido, portanto, que o Código Civil se valesse de expressão “fins não lucrativos” em substituição do termo “fins não econômicos”.

O cenário estabelecido na realidade vivenciada pelo atual estágio de nosso Direito é que as associações podem ou não ter fins econômicos, porém jamais ter fins lucrativos, ou seja, distribuir lucros, sob qualquer pretexto, a seus integrantes.

As associações sem fins econômicos são aquelas que não se dedicam a operações de produção ou circulação de bens ou serviços, como uma associação de pais e alunos de um certo colégio ou uma associação de moradores, por exemplo, motivadas por finalidade altruísta ou para melhorar o convívio e a organização social. O recebimento de contribuições dos associados e, até mesmo, a cobrança de ingressos a eventos por elas promovidos – tais como seminários e palestras – não afastam o fim não econômico¹⁹. As com fins econômicos, por sua vez, caracterizam-se por exercerem atividades de produção ou circulação de bens ou serviços, com notória geração de riquezas – economicidade –, mas sem o ânimo de partilhar lucros entre os associados, aplicando-se todo o resultado nos fins da própria associação. São os casos de associações formadas para prestar serviços médicos e hospitalares e para realizar serviços de educação e ensino, por exemplo.

19 Caio Mário da Silva Pereira assim professa: “Com base na Lei Belga de 27 de julho de 1921, De Page caracteriza a associação sem fim econômico como a que se não dedica a operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinalar que a procura de vantagens *materiais acessórias*, indispensáveis a que a associação viva e atinja suas finalidades de ordem moral, não retira o caráter não lucrativo do fim social: a contribuição dos associados, remuneração de certos serviços, cobrança de ingresso a conferências ou concertos, não são característicos do fim lucrativo, como não o é igualmente a verificação de *superávit* na apuração de balanços periódicos. Não é incompatível com a gratuidade destes a formação de patrimônio, aquisição de sede própria ou de bens de capital” (*Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 350).

II.3. A Superação da Crise Econômico-Financeira pela Recuperação Judicial.

A recuperação judicial, embora não traduza tecnicamente um concurso de credores, também visa a atender, dentre outras finalidades (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005), aos interesses dos credores sujeitos a seus efeitos (artigo 49 da Lei nº. 11.101/2005), pois viabilizará, com maior ou menor grau de sacrifício²⁰, a percepção de seus respectivos créditos detidos em face do devedor comum.

Sob a ótica processual, a recuperação judicial se implementa por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, tendo por escopo a superação da situação de crise. É um processo especialíssimo em que não existe, por exemplo, a figura de réu. Aspira, em seu âmago, uma única finalidade: a aprovação de um plano entre o devedor e seus credores, destinado a reestruturar a capacidade produtiva da empresa por aquele realizada, alcançando uma rentabilidade autossustentável e, com isso, possibilitar a superação da crise econômico-financeira em que se encontra o seu titular, permitindo a manutenção da fonte produtora, dos empregos e a composição dos interesses dos credores²¹.

A proposta do devedor é, portanto, formulada em juízo. Sua vontade vem inicialmente manifestada na petição inicial e é complementada com a apresentação do plano de recuperação, e a de seus credores, sujeitos aos efeitos da recuperação, é declarada de forma expressa ou tácita. Esta se verifica quando não apresentam objeção à

20 Nos “procedimentos de sacrifício”, ocorre, consoante lição de Yves Guyon, uma limitação dos poderes do devedor e uma restrição aos direitos dos credores. Eis suas palavras: “Les procédures collectives sont des *procédures de sacrifice* qui limitent les pouvoirs du débiteur et qui restreignent les droits des créanciers. Aussi ne peuvent-elles s’ouvrir que si des conditions strictes sont remplies tant du point de vue du fond (Chapitre I) que de la forme (Chapitre II)” (*Droit des Affaires*. 9^o ed. Paris: Economica, 2003, tome 2, p. 105).

21 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 33.

proposta formulada; aquela se realiza quando o plano sofre objeção por parte de qualquer credor, sendo a proposta do devedor submetida a uma deliberação expressa dos credores reunidos em assembleia geral. A assembleia de credores pode rejeitar a proposta, pode aprová-la integralmente, pode sugerir alterações, ou até mesmo ofertar uma proposta alternativa. Nessas últimas situações – apresentação de alterações ou de plano alternativo –, impõem-se, por evidente, a oitiva e o expresso consentimento do devedor. Em verdade, abre-se a possibilidade de uma autêntica negociação, visando a aprimorar os termos e as condições do plano de recuperação, de forma que possa ele lograr a aceitação das partes interessadas, realizando, pois, o encontro das vontades do devedor e de seus credores.

Por isso, não se pode ter dúvida de que o instituto da recuperação judicial desfruta da natureza de um contrato judicial com feição novativa²²⁻²³. É um contrato judicial, porquanto se exige a chancela estatal (Estado-Juiz). A confirmação da autoridade judiciária representa uma medida de política judiciária. O magistrado atua como um guardião da legalidade do plano²⁴. O controle judicial permite, assim, se possam excluir eventuais objeções quanto a sua validade e eficácia. O procedimento de concessão judicial da recuperação contribui para a redução das fontes de erro durante a celebração do plano, bem como confere aos credores a oportunidade de verificar se seus interesses não restaram prejudicados²⁵. E esse controle se exerce em relação à sua legalidade formal, bem como em relação à sua legalida-

22 Ibidem. p. 33-34.

23 Essa clara constatação também é realizada por Lídia Valério Marzagão: “Assim, verifica-se que, a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado em nosso País no século passado, e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que, a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembleia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor” (In: APPROBATO, Rubens (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 93).

24 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 33.

25 Loc. cit.

de material ou substancial, podendo desembocar, dependendo do caso concreto, em um controle de mérito da vontade dos credores (decisão da assembleia geral de credores)²⁶, de maneira a garantir a sua legitimidade e desejada higidez.

Mas não é demais anotar que, para a formação das vontades e perfectibilidade do acordo, é dispensável a manifestação unânime dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida. A massa de credores é quem declara a sua vontade, através de órgão deliberante: a assembleia geral de credores. Ter-se-á, desse modo, manifestada a vontade coletiva e majoritária dos credores, que vincula os ausentes, os que se abstiveram e os que votaram contrariamente à maioria indispensável à formação dessa vontade. Isso se justifica porque o fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos, eis que a relação processual que se estabelece é única²⁷.

Nessa perspectiva processual, em síntese, a recuperação judicial pode ser enxergada como um ato coletivo processual, pelo qual se objetiva promover o encontro das vontades do devedor e de seus credores, com vistas à formação de um contrato entre eles, instrumentalizado no plano de recuperação, e, assim, proporcionar a superação da crise da empresa pelo devedor explorada, tudo se processando sob a direção e fiscalização do Estado-Juiz²⁸.

26 LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

27 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 34.

28 Essa feição contratual, derivada da legislação brasileira, também é consagrada em outras legislações alienígenas, que lhe são, inclusive, anteriores. No Direito alemão, por exemplo, encontram-se correntes tendentes a explicar a natureza jurídica da recuperação, implementada por meio do “plano de insolvência” (*insolvenzplan*), sendo, entretanto, a teoria do contrato (*Vertragstheorie*) a mais aceita. Ludwig Häsemeyer sustenta ser o plano de insolvência um contrato, de natureza privada, firmado entre as partes interessadas: credores e devedor, ou credores e administrador judicial, sendo, ainda, possibilitada a participação de terceiros na sua celebração. Sustenta, ademais, que os meios processuais para sua implementação não lhe são

Esse contrato, em minha visão, revela-se como plurilateral²⁹. E assim o é justo porque comporta um número indefinido de partes, cujas prestações se dirigem à consecução de um fim comum. Ainda que se possa vislumbrar interesses opostos³⁰, estes são integrados, dirigidos, coordenados para a obtenção desse fim comum: o saneamento do estado de crise econômico-financeira em que se encontra o devedor, de forma a permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e a compor os interesses dos credores, promovendo-se a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005). Esse é o escopo econômico e social da recuperação judicial.

A centralidade da essência negocial da recuperação judicial vem reiterada pela doutrina e pela jurisprudência, a partir da fácil constatação de ser um instituto construído a partir da negociação para efetivar a adequada e a justa composição de interesses daqueles envolvidos no processo respectivo, sem o que não há como se falar

contrários, isto é, não lhe tiram sua natureza privada. O autor lembra, a título de exemplo, alguns casos de contratos de natureza privada que devem ou podem ser celebrados – principalmente com o fim de conferir maior força de eficácia – perante uma repartição pública ou em um procedimento judicial, como são os casos da transferência da propriedade imóvel (Auflassung, § 925 BGB), do casamento (§ 1310 BGB), da transação/acordo processual, etc. (*Insolvenzrecht*. 3ª ed. Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns, 2003, p. 722). Para Wolfgang Breuer, o plano de insolvência, por suas características, pode ser interpretado como um instituto jurídico análogo ao contrato, isto é, um quase-contrato, (vertragsähnliches Rechtsinstitut), que para sua validade dependerá da aprovação do juízo da falência, de acordo com o § 248 InsO (*Insolvenzrecht*. 2ª ed. München, Beck, 2003, p. 174). No Direito português, o caráter contratual também prevalece. No dizer de Henrique Vaz Duarte, “o processo de recuperação constitui, no seu conteúdo, uma conversa em que o interlocutor principal (a empresa insolvente) tenciona persuadir uma assistência muito ‘sui generis’, ex-parte contrária dum contencioso latente (credores), da sua capacidade de vir a ser declarada viável, sob o beneplácito e tendo como palco privilegiado, o Tribunal” (*Questões sobre recuperação e falência*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 14).

29 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 34.

30 Entre o devedor e seus credores e entre os próprios credores, que se agrupam segundo um critério de classes na assembleia para a votação do plano (artigo 45 da Lei nº. 11.101/2005).

em legítima e verdadeira solução acordada para a superação da crise. Em termos mais diretos, toda a concepção do instituto é no sentido de apoiá-lo nos fundamentos da confiança e no caminho negocial. O controle judicial, como se asseverou, é de legalidade e não de mérito do plano. A análise econômico-financeira, o juízo de conveniência e oportunidade em sua implementação e a avaliação de todo o contexto fático que o circunda são afetos à decisão dos credores, não admitindo a lei, neste particular, a interferência do Estado-Juiz³¹. Na recuperação judicial, prevalece a autonomia privada da vontade das partes³². A situação de crise econômico-financeira será superável, afinal, pela vontade dos credores, atingindo-se, desse modo, o objetivo do procedimento: a preservação da empresa – ou, em uma visão mais elástica, a preservação da atividade econômica viável³³.

31 Esse entendimento tem sido avalizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobre o tema, confirmam-se os trechos extraídos das ementas dos seguintes julgados: “A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.314.209/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 22 mai. 2012. Data de Publicação: 01 jun. 2012). “As decisões da assembleia de credores representam o veredito final a respeito dos destinos do plano de recuperação. Ao Judiciário é possível, sem adentrar a análise da viabilidade econômica, promover o controle de legalidade dos atos do plano sem que isso signifique restringir a soberania da assembleia geral de credores” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.513.260/SP. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 05 mai. 2016. Data de Publicação: 10 mai. 2016). “No processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consecutória manutenção das fontes de produção e de trabalho” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº. 1.587.559/PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 06 abr. 2017. Data de Publicação: 22 mai. 2017). Ainda no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1.646.104/MT. Relator: Min. Marco Buzzi. Data de Julgamento: 19 abr. 2018. Data de Publicação: 26 abr. 2018.

32 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 32.

33 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 33.

II.4. A Ineficiência da Concordata Civil como Instrumento de Superação da Crise Econômico-Financeira do Agente Econômico.

A insolvência, seja a do devedor empresário, seja a do devedor não empresário, será sempre uma forma gravosa de execução coletiva. O seu curso natural consiste na arrecadação do patrimônio do devedor insolvente, capaz de execução, para dele extrair valor visando ao atendimento, em rateio e observadas as preferências legais, de todos os seus credores. Será estabelecido, pois, um concurso de credores, assegurando-se perfeita igualdade de tratamento entre os credores de uma mesma classe (*par conditio creditorum*), desde que, evidentemente, seus créditos estejam submetidos a esse concurso. Por isso, essa execução é denominada de coletiva, concursal, universal ou extraordinária.

O Direito da Insolvência é, com efeito, um instrumento de controle econômico, pois promove a exclusão do mercado dos agentes econômicos inviáveis e preserva os viáveis. Seu objetivo maior traduz-se na preservação da atividade econômica recuperável, propiciando que continue a realizar sua função social (Constituição Federal, artigo 170, *caput* e incisos II e III). Com o soerguimento da atividade todos ganham: os credores, os consumidores, os empregados, os fornecedores de bens e serviços, o Estado e a coletividade de uma maneira geral.

Por esse motivo é que o interesse público aconselha evitar, sempre que possível, o resultado último da quebra ou da insolvência civil³⁴. A fim de viabilizar o desiderato, as legislações de diversos países adotam sistemas ou institutos voltados para a preservação da atividade econômica. O Direito Comercial brasileiro se valeu das figuras das concordatas suspensiva e preventiva e, atualmente, se vale dos regimes jurídicos da recuperação judicial e da recuperação extrajudi-

34 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A insolvência civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 384.

cial. O Código de Processo Civil se ocupou, e ainda se ocupa, da concordata civil.

Na insolvência civil, as regras materiais relativas ao concurso de credores encontram-se dispostas no Código Civil; as atinentes ao procedimento, no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015 não cuidou da execução por quantia certa contra devedor insolvente (regras procedimentais da insolvência civil). Limitou-se a dispor, no artigo 1.052, que “até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. Tem-se, na previsão, um claro e forte indicativo do legislador da necessidade de lei especial para regular a matéria, reconhecendo o caráter provisório da disciplina constante do Código de Processo Civil de 1973. E assim o fez, muito provavelmente, por vislumbrar a sua pouca ou quase nenhuma eficiência para conferir tratamento contemporâneo à matéria de crise, que reclama tratamento especial.

Desse modo, o que se tem atualmente é o artigo 783 do Código de Processo Civil de 1973, assim prevendo:

O devedor insolvente poderá, depois da aprovação do quadro a que se refere o art. 769, acordar com os seus credores, propondo-lhes a forma de pagamento. Ouvidos os credores, se não houver oposição, o juiz aprovará a proposta por sentença.

O modelo da concordata civil revela-se deficiente, consoante se passa a demonstrar.

Não é um procedimento preventivo da crise. É oportunizado ao devedor após o julgamento do quadro geral de credores e, portanto, em adiantada fase do processo, quando, na maioria dos casos, senão em todos, nenhuma atividade poderá ser efetivamente preservada. E isto porque o seu objetivo, diversamente do da recuperação

judicial, é o de preservar o patrimônio do devedor e não a atividade econômica que ele, eventualmente, desempenhe³⁵. Por isso é que se lhe possibilita apenas suspender os efeitos da execução coletiva já instaurada.

Os credores não desfrutam de meios e processos de organização para análise e discussão da proposta apresentada pelo devedor, não sendo preconizada a figura de uma assembleia de credores. E isto porque o legislador de 1973 partiu da premissa do reduzido número de credores do devedor civil, premissa essa que não se mostra verdadeira para certos devedores que se caracterizam como agentes econômicos e que, dependendo do porte de sua atividade, terão números expressivos de credores, muitas vezes superiores aos de diversos devedores empresários.

O *quorum* legal para a aprovação da proposta é o da unanimidade dos credores. Havendo oposição, de um credor que seja, a proposta será denegada pelo juiz, prosseguindo-se a execução³⁶. O acordo somente se aperfeiçoa quando unânime forem os credores em suas decisões³⁷. Basta a discordância de um para frustrar a concordata civil³⁸. Afasta-se a concordata civil do princípio da deliberação majoritária, presente nas legislações de insolvência contemporâneas.

35 Eis o testemunho de Humberto Theodoro Júnior: “Na sistemática adotada pelo Código, o acordo entre o devedor e seus credores há de ser estabelecido após o julgamento do Quadro Geral de Credores – porque já se tem então a efetiva definição dos credores que participarão do resultado da execução coletiva – e antes de consumar-se a realização do ativo, porque o objetivo da concordata é justamente preservar o patrimônio do devedor, pelo menos em parte, evitando a liquidação geral a que conduzirá a expropriação executiva” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 386-387).

36 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 391.

37 Consoante ensina Pontes de Miranda, “o que se há de exigir é que todos concordem [...] o elemento essencial é a aquiescência de todos os credores que constam do quadro” (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. XI, p. 520).

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 387.

A concordata civil, ademais, comporta apenas um plano de pagamento. Pode ser, assim, remissória, moratória ou mista³⁹. É despidida de outros mecanismos ou métodos de preservação da atividade do devedor. Seu substrato é puramente financeiro e não econômico. Isto porque, repita-se, a sua essência é a de preservação do patrimônio do devedor e não de sua atividade econômica.

Para mais, o instituto civil em questão é desprovido de medidas protetivas, tais como a suspensão de ações e execuções individuais e a manutenção de bens essenciais ao desempenho da atividade do devedor, justamente por não ser preventiva e por não focar na atividade econômica.

A concordata civil, não restam dúvidas, é ineficiente para amparar e propor solução para a crise do sujeito que se caracteriza como agente econômico. Revela-se notoriamente imprópria, por carência e deficiência de meios, para proporcionar a preservação da atividade econômica. A sua aplicação poderia se justificar para devedores consumidores, artesãos, profissionais liberais, profissionais autônomos, por exemplo, bem assim para certas pessoas jurídicas, como determinadas associações sem fim econômico, tais quais as associações de moradores e as associações de pais e alunos, já exemplificadas.

II.5. A Posição Especial de Determinados Agentes Econômicos: uma Lacuna a Ser Preenchida.

A Lei nº. 11.101/2005, seguindo automaticamente a tradição do sistema restritivo que historicamente orientou o Direito Falimentar brasileiro, como já registrado alhures, fundada na pressuposição – hodiernamente inconsistente – de que a atividade econômica era desenvolvida pelos comerciantes e, ulteriormente, pelos empresários, foi editada para disciplinar a recuperação judicial, a recuperação ex-

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 389.

trajudicial e a falência do empresário individual e da sociedade empresária.

Para os devedores não enquadrados juridicamente como empresários, restou a insolvência civil. Conforme desenvolvido no tópico anterior, o regime da insolvência civil traduz manifesta impropriedade de meios para atingir os fins de preservação da atividade econômica de determinados agentes econômicos não qualificados formalmente como empresários.

Em relação a esses devedores, tem-se revelada, portanto, uma verdadeira lacuna no ordenamento jurídico positivado, que não acompanhou a evolução e a realidade dos fatos econômicos e sociais, os quais constituem, como curial, o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica.

A conclusão é inexorável para aqueles devedores não emoldurados como empresários, mas que se caracterizam conjuntamente com eles – os empresários –, como agentes econômicos, pois também exercem atividade econômica que tem por fim imediato a criação ou circulação de riquezas. A economicidade dessas atividades não classificadas formalmente como empresárias resulta justamente de sua finalidade de produzir riquezas, ainda que inexista, em algumas delas, escopo lucrativo, isto é, ainda que não se tenha por fim imediato a partilha dos resultados entre os seus integrantes, como ocorre nas hipóteses das associações com fins econômicos.

A definição de empresário, formulada a partir da figura do empresário individual, consta do *caput* do artigo 966 do Código Civil e vem assim expressada: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

O conceito conjuga, ou nele se conjugam, três elementos essenciais à sua formação: (i) exercício de atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços; (ii) atividade esta que

deve ser organizada; e (iii) realizada de modo profissional, isto é, com habitualidade e visando ao lucro.

Didática e precisa é a lição de Sylvio Marcondes, desenvolvida a partir do *caput* do artigo 1.003⁴⁰ do Projeto de Lei nº. 634, de 1975, do Poder Executivo (Projeto do Novo Código Civil), o qual tem idêntica redação daquele que perfaz o texto normativo do *caput* do artigo 966 referenciado, a qual vale ser transcrita⁴¹:

Em primeiro lugar, trata-se de atividade econômica, isto é, atividade referente à criação de riquezas, bens ou serviços. A economicidade da atividade está na criação de riquezas; de modo que aquele que profissionalmente exerce qualquer atividade, que não seja econômica ou não seja atividade de produção de riquezas, não é empresário.

Em segundo lugar, esta atividade deve ser organizada, isto é, atividade em que se coordenam e se organizam os fatores da produção: trabalho, natureza, capital. É a conjugação desses fatores, para produção de bens ou de serviços, que constitui a atividade considerada organizada, nos termos do preceito do Projeto.

Finalmente, ela é uma atividade profissional: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente...”, isto é, a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro. Essas duas

40 Art. 1.003: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

41 *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 10-11.

idéias estão implícitas na profissionalidade do empresário.

[...]

Há, porém, pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários – referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual – pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores da produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente accidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários.

A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante da sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços.

Na associação com fim econômico objeto da consulta, mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM, faltaria apenas o ânimo de lucro para caracterizar-se como entidade empresária.

Sua atividade de criação de riquezas desenvolve-se com a organização e coordenação dos fatores de produção, conjugando capital e trabalho para produzir os serviços que, desse modo, constituiriam elemento de empresa. Apenas por uma barreira formal a associação Consulente não se enquadra como empresário, pois não se destina a distribuir lucros, mas sim a investir todo o proveito econômico auferido na realização de seu objeto. Por isso é uma associação com fim econômico e não uma sociedade empresária. Ambas as figuras jurídicas, porém, se qualificam como agentes econômicos.

A lacuna legislativa para conferir tratamento adequado à crise econômico-financeira enfrentada pela Consulente, visando à sua superação e à conseqüente preservação de sua atividade econômica, é evidente, pois o instituto da concordata civil não é capaz de promovê-las, como se demonstrou no item II.4 antecedente, e a recuperação judicial foi dirigida principiologicamente aos empresários. Resta, portanto, fazer uso da analogia para suprir a lacuna verificada, nos precisos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nesse sentido, deve-se aplicar à Consulente o remédio da recuperação judicial para que possa superar o seu estado de crise econômico-financeira, cuja finalidade suprema é a da preservação da atividade econômica, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. Não foi o instituto preconizado para preservar o direito à partilha de lucros, mas sim para permitir a manutenção da fonte produtora de bens, serviços e riquezas, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005). Há, na hipótese aventada, a mesma identidade de substância jurídica⁴² e os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico ou semelhante.

42 GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 1932, v. I, p. 35.

O fundamento da analogia é o de assegurar a justiça, estendendo o mesmo princípio contido em uma regra legal a outras hipóteses semelhantes não previstas. Preciso é o seu perfil traçado por Carlos Maximiliano⁴³:

Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na *vontade* presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes: neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito.

O processo analógico é integrativo. Não *cria* direito novo, mas *descobre* o já existente; *integra* a norma estabelecida, o princípio fundamental, próprio ou comum ao caso previsto pelo legislador ao outro, patenteado pela vida social⁴⁴. Como bem explicitado por Ferrara, “o Direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema”⁴⁵. Ao se recorrer à analogia, portanto, estar-se-á aplicando preceitos e princípios latentes, pujantes no sistema em vigor, para preencher vazios ou lacunas originárias ou derivadas, estas como resultado da dinâmica e evolução de fatos econômicos e sociais que a lei em vigor não foi capaz de tempestivamente acompanhar e, assim, atualizar-se. Com essa ferramenta, assegura-se a justiça visada pelo ordenamento jurídico, garantindo-se verdadeira isonomia de tratamento a hipóteses que se assemelham na essência e nos efeitos, fazendo-se uso da mesma razão de decidir.

43 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

44 *Ibidem*. p. 174.

45 FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, v. 1, p. 231-232.

Penso que a hipótese tratada – associação com fins econômicos – é mesmo objeto de uma lacuna do direito positivado e a solução analógica se afigura como a receita mais adequada para a superação da crise econômico-financeira enfrentada. A analogia melhor se enquadra na aplicação do Direito do que na sua hermenêutica, pois destina-se a suprir lacuna dos textos e não a descobrir e revelar o sentido e alcance da regra positivada⁴⁶.

Mas essa é apenas uma questão de método para solucionar a relevante questão de fundo. Chega-se à igual conclusão buscando-se a solução a partir da hermenêutica, fazendo-se uso dos métodos de interpretação racional e teleológico.

O processo lógico-racional tem em mira o resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática⁴⁷. A apreciação do resultado é essencial e determinante para o intérprete. Dentro da letra expressa da lei, busca-se a exegese que conduz à melhor consequência para a coletividade⁴⁸, visando sempre, pois, à realização dos fins sociais e às exigências do bem comum na aplicação da lei (artigo 5º da LINDB e artigo 8º do Código de Processo Civil).

O elemento teleológico considera o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística. O hermeneuta, por isso, deve sempre ter em vista realizar o fim da lei. Sua aplicação deve orientar-se para assegurar plenamente a tutela do interesse para o qual foi redigida e os valores sociais e econômicos por ela colimados. Por essa razão é que sua interpretação há de ser essencialmente finalística⁴⁹.

Todos esses métodos, em última *ratio*, conduzem ao entendimento de que o Direito não pode deixar de atender às legítimas ma-

46 MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit. p. 174.

47 Ibidem. p. 135.

48 Loc. cit.

49 Ibidem. p. 125.

nifestações dos fatos da vida econômica e social, que nem sempre, consoante atesta Carlos Maximiliano, hão “de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores”, devendo-se, por isso, adaptar “o texto preciso às condições emergentes, imprevistas”⁵⁰.

Dentro desse contexto lógico-racional e finalístico, empregado para se extrair dos dispositivos ou textos normativos a norma que melhor atenda aos fins sociais e econômicos de uma determinada situação concreta, e com a indispensável visão consentânea da época do fato, outra conclusão não se pode ter senão a de se estender a recuperação judicial para a associação Consulente, porque: (i) caracteriza-se como uma associação com fim econômico; (ii) promove a criação e a circulação de riquezas; (iii) organiza e coordena os fatores de produção (capital e trabalho); (iv) realiza a função social da atividade econômica a partir da produção de serviços para a comunidade, a geração de empregos e de tributos; (v) a concordata civil é manifestamente carente de meios capazes de propiciar a preservação de sua atividade econômica; e (vi) o escopo da recuperação judicial, consistente na viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005), com ela perfeitamente se conforma.

Todos esses elementos impõem ao intérprete a exegese extensiva do artigo 1º da Lei nº. 11.101/2005 para permitir que o agente econômico em referência faça uso da recuperação judicial, porquanto não se encontra em quaisquer das vedações expressas ou por equiparação constantes de seu artigo 2º, regra de ordem pública que afasta certas atividades empresárias – e até não empresárias, pois o preceito fala em cooperativa de crédito e cooperativas são sociedades simples – do regime de recuperação judicial, considerando haver legislação especial para tratar da crise por elas enfrentadas (*e.g.* Lei nº. 6.024/1974, Decreto-Lei nº. 73/1966, Lei nº. 9.656/1998 e Lei Comple-

50 *Ibidem.* p. 129.

mentar nº. 109/2001, que cuidam, respectivamente, das instituições financeiras, das sociedades seguradoras, das sociedades operadoras de planos privados de assistência à saúde e das entidades de previdência complementar).

Negar à Consulente o acesso ao instituto habilitado a promover a sua reestruturação, preservando a sua atividade, e decretar a sua morte – pois a liquidação inexoravelmente leva à extinção da associação – não é medida social e economicamente razoável. O Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo a prescrever um absurdo.

No caso, é bastante oportuno o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito).

A associação Consulente desvela inúmeros elementos de empresa, embora formalmente seja uma associação e não uma sociedade empresária. E isto sem qualquer pecha de ilicitude ou irregularidade, pois o elemento decisivo na diferenciação dessas duas modalidades de pessoa jurídica de direito privado com fins econômicos é que a associação não distribui lucros e a sociedade empresária o faz. Essa é a razão que justifica as suas diferenças de forma.

A interpretação, inclusive, faz-se de acordo com a Constituição Federal, que erige como fundamento da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º). O artigo 170, por seu turno, dispõe que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com observância dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (*caput* e incisos II e III). Estes são princípios gerais da atividade econômica na dicção da Lei Maior e não da atividade empresarial, a qual, por evidente, encontra-se inserida naquela atividade, que lhe é muito mais abrangente. Os princípios da função social e da preservação da empresa, extraídos dos aludidos incisos II e III do artigo 170 da Constituição Federal, devem, na visão constitucional amplificada e contemporânea, ser entendidos como princípios da função social e da preservação da atividade econômica, para abranger o agente econômico.

II.6. A Relevância das Técnicas Decisórias.

Releva a importância da jurisprudência como fonte formal de direito, constituindo elemento de *formação e aperfeiçoamento* do Direito. Com a sua peculiar propriedade, demonstra Carlos Maximiliano⁵¹ a sua riqueza, pois “preenche lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais”, atuando como “verdadeiro suplemento da legislação, enquanto serve para a integrar nos limites estabelecidos” – o que me parece ser a hipótese da consulta –, ou funciona como “instrumento importantíssimo e autorizado de hermenêutica”, traduzindo “o modo de entender e aplicar os textos em determinada época e lugar”, pois o “sistema jurídico desenvolve-se externamente por meio da lei, e internamente pela secreção de novas regras, produto da exegese judicial das disposições em vigor”.

A técnica dos precedentes, por outro lado, constitui-se em eficiente instrumento de transformação do Direito Positivo, pois é fonte irrecusável de conhecimento do Direito, ou melhor, do que é o Direito, garantindo a desejada e indispensável segurança jurídica.

Sem a contribuição das técnicas decisórias não se teria avançado e aplicado adequadamente, com justiça, o Direito. São exemplos vivos as garantias por elas asseguradas aos direitos dos companheiros, aos direitos da personalidade e ao direito à renovação compulsória de locação aos prestadores de serviços (não comerciantes) e que, assim, acabaram por influenciar o processo legislativo para em lei contemplá-las.

A evolução se impõe para, no atual contexto da vida econômica e social, consagrar a garantia de acesso de certos agentes econômicos à recuperação judicial, como meio de superação da crise econômico-financeira vivenciada.

Em relação às associações com fins econômicos – objeto da consulta –, tem-se o importante *leading case* da Casa de Portugal,

51 Ibidem. p. 146.

constituída formalmente como associação civil em 13.06.1928, com sede na cidade do Rio de Janeiro, que teve deferido o processamento de sua recuperação judicial pelo juízo da 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 14.06.2006, com parecer favorável da Promotora de Justiça titular da 4ª Curadoria de Massas Falidas. A referida associação exercia, e, graças ao êxito de sua recuperação judicial, ainda exerce, atividade econômica em imóvel próprio, onde mantém, e mantém, uma unidade hospitalar, uma escola e um asilo⁵².

O plano apresentado foi aprovado na assembleia geral de credores em 11.12.2006, e homologado pelo juízo da 4ª Vara Empresarial em 19.12.2006, com opinamento favorável do administrador judicial e do Ministério Público, sendo que este último requereu a apresentação das certidões negativas de débitos tributários pelo devedor, o que foi dispensado pelo juiz em sua decisão homologatória.

Da referida concessão, o Ministério Público interpôs o recurso de agravo de instrumento, que restou provido pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decisão esta que ensejou a interposição de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça.

A Corte Superior, por sua 4ª Turma, no enfrentamento do Recurso Especial nº. 1.004.910/RJ, que teve por relator o Ministro Fernando Gonçalves, por decisão unânime, aplicou a teoria do fato consumado para conhecer e parcialmente prover o recurso, a fim de dar prosseguimento à recuperação judicial. No seu voto, entretanto, o Ministro relator destacou “a função social da recorrente, entidade que mantém um hospital, um asilo e um colégio” e também o fato de haver “notícia nos autos de que emprega por volta de seiscentas pes-

52 Confira-se o relatório do Ministro Fernando Gonçalves no REsp nº. 1.004.910/RJ, julgado à unanimidade pela 4ª Turma do STJ, em 18.03.2008 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº. 1.004.910/RJ. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 18 mar. 2008. Data de Publicação: 04 ago. 2008).

soas, disponibiliza à sociedade carioca mais de cem leitos, possui duzentos e setenta alunos matriculados, além de recolher impostos anualmente no montante de R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais)". Ao final, meritoriamente, concluiu: "nesta conformidade, lembrando ainda que a finalidade maior da recuperação judicial é a preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho, creio deva ser aplicada a teoria do fato consumado à espécie, sob pena de extinção da recorrente, entidade fundada há quase oitenta anos".

Em 22.07.2015, foi por sentença decretado o encerramento da recuperação judicial da Casa de Portugal.

O caso, cuja solução foi prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça, encaixa-se perfeitamente com a hipótese objeto da consulta. O emprego de igual tratamento possibilita o soerguimento da UCAM, instituição de ensino que data do ano de 1902, uma das mais antigas do País, e que atualmente abrange os cursos Sequenciais, Graduação, Pós-Graduação e Extensão (artigo 27 do Estatuto da UCAM), além da atividade de Pesquisa (artigo 31 do citado Estatuto).

Consoante informações fornecidas pela Consulente, a medida resguardaria os atuais 1.376 (mil trezentos e setenta e seis) postos de trabalho – 705 (setecentos e cinco) preenchidos por docentes e 671 (seiscentos e setenta e um) ocupados por funcionários administrativos –, preservaria o seu fim institucional de promover o ensino e a educação, mantendo mais de 10.000 (dez mil) alunos nos cursos presenciais e mais de 2.000 (dois mil) alunos na contemporânea modalidade de ensino à distância, além de propiciar o recolhimento dos tributos anuais correntes e os em atraso.

Não há razoabilidade em se deixar de aplicar a mesma razão substancial de decidir à hipótese em apreço, procedimento que evita que a atividade da Consulente chegue ao ocaso de sua existência, fato que a ninguém interessa quando há possibilidade de recuperar. A não aplicação cogitada representa uma involução dos fatos sociais e econômicos que cabem ao Direito observar e tutelar.

A atuação judicial construtiva pode – e deve – contribuir para o acerto da questão, adotando um ponto de vista uniforme, formando orientação dogmática acerca do tema, de modo a expedir um princípio que sirva de orientação ao sistema jurídico nacional. Desarte, poder-se-á avançar na matéria da preservação da atividade econômica de determinados agentes econômicos, como foi o caso da Casa de Portugal, e poderá ser o da UCAM.

III. As Respostas aos Quesitos.

1º QUESITO: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, agentes econômicos formalmente constituídos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas como associações civis, possuem legitimidade para requerer o deferimento do processamento de sua recuperação judicial? Por quais razões?

Sim.

A Consulente e o Instituto Cândido Mendes são associações com fins econômicos. Caracterizam-se por exercerem atividades de produção ou circulação de bens ou serviços, com notória geração de riquezas – economicidade –, mas sem o ânimo de partilhar lucros entre os associados, aplicando-se todo o resultado nos fins das próprias entidades. São, assim como os empresários (empresário individuais e sociedades empresárias), agentes econômicos.

Conforme desenvolvido no item II.4 deste parecer, o regime da concordata civil é ineficiente para amparar e propor solução para a crise do sujeito que se caracteriza como agente econômico. O instituto traduz manifesta carência de meios para atingir os fins de preservação da atividade econômica. Há, portanto, uma verdadeira lacuna no direito positivo vigente, considerando que principiologicamente o instituto da recuperação judicial foi dirigido ao empresário.

O conceito de empresário reúne três elementos essenciais: (i) exercício de atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços; (ii) atividade esta que deve ser organizada; e (iii) realizada de modo profissional, isto é, com habitualidade e visando ao lucro.

Nas associações com fins econômicos de que trata a consulta, faltaria apenas o ânimo de lucro para caracterizarem-se formalmente como entidades empresárias.

Suas atividades de criação de riqueza desenvolvem-se com a organização e coordenação dos fatores de produção, conjugando capital e trabalho para produzir os serviços que, desse modo, constituiriam elemento de empresa. Apenas por uma barreira formal as associações objeto da consulta não se enquadram como empresário, pois não se destinam a distribuir lucros, mas sim a investir todo o proveito econômico auferido na realização de seu objeto. Por isso são associações com fins econômicos e não sociedades empresárias. Ambas as figuras jurídicas, porém, se qualificam como agentes econômicos.

Nesse sentido, diante da lacuna no ordenamento positivo nacional apontada, o remédio da recuperação judicial deve, sim, ser a elas aplicado, para que possam superar o estado de crise econômico-financeira, cuja finalidade suprema é a da preservação da atividade econômica, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. Não foi o instituto preconizado para preservar o direito à partilha de lucros, mas sim para permitir a manutenção da fonte produtora de bens, serviços e riquezas, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005).

2º QUESITO: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, à luz do segmento econômico de educação, ensino e cultura em que atuam, fogem do rol de proibição para o deferimento do processamento da recupera-

ção judicial disposto no art. 2º e incisos da Lei nº. 11.101/2005? Por quê?

Sim.

Os agentes econômicos objeto da consulta não se encontram em quaisquer das vedações expressas constantes do artigo 2º da Lei nº. 11.101/2005, regra de ordem pública que afasta certas atividades empresárias – e até mesmo não empresárias, pois o preceito fala em cooperativa de crédito e cooperativas são sociedades simples – do regime de recuperação judicial, considerando haver legislação especial para tratar da crise por elas enfrentadas (e.g. Lei nº. 6.024/1974, Decreto-Lei nº. 73/1966, Lei nº. 9.656/1998 e Lei Complementar nº. 109/2001, que cuidam, respectivamente, das instituições financeiras, das sociedades seguradoras, das sociedades operadoras de planos privados de assistência à saúde e das entidades de previdência complementar).

Outrossim, as atividades de educação, ensino e cultura exercidas pelos agentes econômicos em questão não são legalmente equiparadas àquelas atividades expressamente indicadas no rol do aludido artigo 2º.

Portanto, tais atividades escapam tanto das vedações expressas quanto das vedações por equiparação preconizadas no mencionado preceito.

3º QUESITO: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM – detém elementos de empresa configurados, na forma do art. 966 do Código Civil?

Sim.

As entidades objeto da consulta desvelam elementos de empresa, conforme já se atestou na resposta ao 1º quesito, porquanto promovem a criação e a circulação de riquezas e organizam e coor-

denam fatores de produção (capital e trabalho) para prestarem os seus serviços. Tais serviços consistem em instrumento de execução da atividade econômica, sendo, portanto, elementos desta atividade, apartados de qualquer pessoalidade em relação àqueles que integram o seu quadro associativo ou diretivo.

É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 2 de abril de 2020.

Sérgio Campinho

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO NÃO EMPRESÁRIO¹

NON-BUSINESS JUDICIAL REORGANIZATION

Manoel Justino Bezerra Filho

Resumo: Associação civil educacional – Universidade Cândido Mendes – UCAM – e sua mantenedora Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASPI – Possibilidade (ou não) de ser sujeito ativo no pedido de recuperação judicial – Associação de ensino – Exame à luz do art. 1º da Lei nº. 11.101/2005, a LREF (interpretação *contrario sensu*) – Exame à luz do art. 2º, que indica especificamente quais instituições não se submetem à LREF, sem mencionar instituição de ensino – Dicotomia do direito privado – Interpretação mais dinâmica e elástica do direito empresarial em relação ao direito civil – Interpretação principiológica e teleológica do art. 47 da LREF – Exame da “associação”, à luz da teoria da empresa – A figura do “agente econômico” – Possibilidade de deferimento do direito ao processamento da recuperação judicial – Interpretação jurisprudencial que admite a recuperação judicial em tais casos – A associação civil que atua na área de ensino, examinada à luz da teoria da empresa, preenche todas as condições exigidas pela LREF no sentido de que pode ter deferido seu pedido de processamento da recuperação judicial. A associação em questão é uma fonte produtora, ao prestar serviços de educação; sua recuperação preservará o emprego dos trabalhadores e atenderá o interesse dos credores. Caracteriza-se como empresa (aspecto funcional de Asquini), tem inegável função social e estimula a atividade econômica, preenchendo assim todas as exigências dos artigos 1º e 47 da LREF, bem como dos artigos 966, 981 e 982 do Código Civil. Seja por interpretação principiológica e/ou teleológica, seja por simples interpretação literal da lei positiva, a LREF permite que a associação em tais

¹ Artigo recebido em 21.09.2020 e aceito em 25.09.2020.

condições apresente pedido de recuperação judicial, havendo interpretação jurisprudencial em tal sentido.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Associação Civil Educacional. Teoria da Empresa. Agente Econômico.

Abstract: Educational Civil Association – Cândido Mendes University – UCAM – and Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASPI – Possibility (or not) of having the initiative to file a request for judicial reorganization – Educational Association – Examination under article 1st of the Law nº. 11.101 of 2005, the Brazilian Bankruptcy and Reorganization Law (BBRL) (*contrario sensu* interpretation) – Examination under article 2nd, which establishes which organizations are not subject to the BBRL without mentioning educational institutions – Private law dichotomy – More dynamic and flexible interpretation of corporate law when compared to other areas of private civil law – Art. 47 of BBRL principle-oriented and theological interpretation – Reviewing the concept of “association” based on the Enterprise Theory – The “economic agent” figure – Possibility of granting the right to process the judicial reorganization – Case law allows judicial reorganization in such cases – Educational Civil Association regarded under the Enterprise Theory fulfills each and every prerequisite established under the BBRL for having granted its request for processing the judicial reorganization procedure. The association at hand is a producing source, providing educational services; its recovery will maintain jobs and protect creditors’ interests. It is characterized as a business (Asquini’s functional aspect), it plays an undeniable social role and further economic activity, fulfilling all the requirements of articles 1st and 47 of the BBRL, as well as the requirements of articles 966, 981 e 982 of the Brazilian Civil Code. Whether by principle-oriented and theological interpretation or by a literal interpretation of the law, the BBRL allows that associations in conditions as such to file for judicial reorganization, as per case law.

Keywords: Judicial Reorganization. Educational Civil Association. Enterprise Theory. Economic Agent.

Sumário: Introdução. 1. Da legislação aplicável. 2. Da hermenêutica aplicável. 3. Da situação atual da LREF, com constante “concerto” pela jurisprudência. 4. Do princípio que norteia o art. 1º da LREF. 5. Da teoria da empresa e da situação da associação. 6. Do registro na junta comercial. 7. Da figura do agente econômico. 8. Algumas conclusões (parciais) já possíveis. 9. Da conhecida recuperação judicial da Casa de Portugal. 10. Da recuperação judicial da Associação Educacional Luterana do Brasil – AELBRA. 11. Da principiologia da lei segundo a jurisprudência do STJ. Conclusão.

Introdução.

O conceituado Escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – Advogados Associados, apresenta consulta sobre a possibilidade (ou não) de a Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASPI, mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM, apresentar pedido de recuperação judicial. Pelo que consta, a associação está em situação de crise econômico-financeira, crise porém superável desde que concedida a ela a alternativa da recuperação judicial. Não deferido o procedimento de recuperação em favor da associação, o caminho seria, eventualmente, o da insolvência civil, situação que poderia levaria à extinção da Associação e ao fechamento da Universidade.

Como será detalhadamente examinado mais adiante, a ninguém interessaria o fechamento da Universidade Cândido Mendes, com a interrupção de suas atividades, examinada a questão tanto sob uma visão social, quanto sob uma visão econômica. Ao contrário, parece estar fora de dúvida que a manutenção das atividades deste tradicional e conceituado estabelecimento de ensino é o caminho que,

se possível, deverá ser trilhado. Ademais, mesmo por interpretação da letra da lei de recuperação e falência, verifica-se existência de direito da associação de ensino ao deferimento do processamento de sua recuperação.

1. Da legislação aplicável.

À questão posta, aplica-se o art. 1º da Lei nº. 11.101/2005, a LREF, o qual estabelece: “Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. O artigo está desatualizado, pois atualmente a LREF aplica-se também à eireli empresarial, criada pela Lei nº. 12.441/2011, que incluiu o art. 970-A no Código Civil. Aplica-se também à sociedade limitada unipessoal criada pelo art. 7º da Lei nº. 13.874/2019, a apelidada “Lei da Liberdade Econômica”, que incluiu no art. 1.052 do CC o parágrafo 1º, segundo o qual “A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas”. Por interpretação meramente gramatical e *contrario sensu*, a resposta primeira é no sentido de que aquele que não for sociedade empresária, empresário individual, eireli ou sociedade unipessoal com atividade empresária, não pode pedir recuperação judicial ou vir a ter sua falência decretada. Portanto, segundo tal critério de interpretação, nenhuma associação civil pode pedir recuperação judicial, por interpretação *contrario sensu*.

Já o art. 2º da LREF exclui diretamente, em seu inciso I, a empresa pública e a sociedade de economia mista, enquanto o inc. II especifica as entidades e sociedades excluídas, entre as quais não consta associação de ensino ou qualquer associação. Portanto, no caso específico de uma associação civil, prevista no inc. I do art. 44 do Código Civil, estaria ela impedida de socorrer-se da recuperação judicial, pela proibição genérica decorrente da não inclusão no art. 1º, não se aplicando à associação qualquer impedimento oriundo do art. 2º. Esta especificação é necessária para o raciocínio que mais adiante será exposto.

2. Da hermenêutica aplicável.

Tentou-se unificar o direito civil e o direito comercial, com a promulgação do Código Civil de 2002, na esteira da legislação italiana de 1942. Esta dicotomia do direito privado, com origem nas instituições do Direito Romano em oposição aos princípios da Lex Mercatoria, alguns dizem ser resultado de uma diferenciação ontológica, outra corrente diz ser fruto apenas da metodologia aplicada a cada ramo. Não importa a que corrente de pensamento o intérprete se filie, o que é certo e indiscutível é que o direito empresarial, o antigo direito comercial ou direito dos mercadores, por sua própria natureza é um direito cosmopolita, dinâmico, a exigir sempre criações novas e urgentes, para atender à criatividade da vida empresarial.

Carvalho de Mendonça bem explicita este pensamento, ao dizer: “Note-se que as normas de direito comercial não podem ser interpretadas com os mesmos critérios da interpretação das normas de direito civil”. Completa mais adiante que:

[...] a vida comercial apresenta caráter específico de relações mais complexas do que as da vida civil. [...] O direito comercial acha-se sob a influência das transformações econômicas. Precisam as suas normas de uma interpretação baseada também nas razões econômico-sociais que a lei quis prever e as explicam.²

A razão econômico-social que fundamentou a LREF foi a necessidade de preservar a atividade econômica de uma empresa, pelo valor social que tal atividade representa.

Aliás, a diferença de tratamento, pelo intérprete, das leis comerciais ante as leis civis, encontra o fundamento inicial nas mesmas

² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Bookseller, 2000. p. 275.

razões pelas quais a Lex Mercatoria despegou-se das normas conhecidas do Direito Romano, este extremamente formalista e sem a natural agilidade de que as questões empresariais necessitam para a solução dos constantes questionamentos jurídicos que vão surgindo. Apesar da tentativa de unificação do direito civil, todas estas questões até hoje estão presentes, com grande força, no sistema de interpretação das normas de direito empresarial. Tudo isto obriga aquele que trabalha na área empresarial a estar constantemente atento às novas exigências que o dia a dia da vida dos negócios vai exigindo.

Curioso aliás lembrar que esta lei atual, promulgada em 2005, portanto lei recente de 15 anos, não encontrou ainda pacificação; necessitará certamente de mais quinze anos, no mínimo, não para encontrar pacificação e sim, para que a jurisprudência indique alguns caminhos mais pavimentados, que porém logo em seguida serão objeto de novos entendimentos, tudo isto pela sempre presente agilidade da vida empresarial, em suas criações diárias de novos negócios, a exigir novas soluções.

A autocitação deve sempre ser evitada, para que aquele que escreve não seja tido por presunçoso. No entanto, apenas para mostrar que este sempre foi o pensamento adotado, pede-se vênica para que o leitor suporte a autocitação. Na “Nota do autor à 4ª edição” de dezembro de 2006, ao falar sobre a tentativa de pacificação jurisprudencial, consta:

A desejada pacificação certamente não será encontrada, até porque o dinamismo da vida felizmente não permite sossego ao estudioso do direito, dinamismo que mais se acentua quando se trata da crepitante vida empresarial, a cada momento apresentando novos problemas, que exigem novos raciocínios para uma nova solução. Tanto é assim que, como é sabido, a lei anterior de falências e concordatas, o Dec.-lei 7.661, de 21.6.1945, quando foi revogado após sua vigência por longos sessenta anos, ainda não havia en-

contrado pacificação em muitos de seus pontos. E, se permanecesse em vigor por outros sessenta anos ou mais, não estaria também pacificado, simplesmente porque a vida se renova constantemente, e o direito destina-se à vida em sua essência dialética de mutabilidade.³

3. Da situação atual da LREF, com constante “conserto” pela jurisprudência.

Esta necessidade constante de jurisprudência desbravadora mais se faz presente para o caso desta lei jovem, de quinze anos, a qual, embora tenha sido fruto do Projeto nº. 4.376, de 1993 e tenha sido mantida em discussão durante 12 anos, ainda assim foi promulgada às pressas, sob pressão do capital nacional e internacional, a partir das regras estabelecidas pelo F.M.I. em seu famoso opúsculo “Principles and guidelines”. Esta pressão internacional, secundada internamente pela Febraban, não permitiu que fossem levados em conta vários dados da realidade brasileira daquele momento. Isto exigiu – e continua a exigir – um esforço extraordinário de nossos doutrinadores e, principalmente, da jurisprudência de nossos Tribunais, para que a lei pudesse atender minimamente às finalidades para as quais foi promulgada.

E aqui vem à lembrança expressão do grande professor da PUC de São Paulo, Ivo Waisberg, quando em suas sempre preciosas aulas, lembra que a lei ruim é sempre consertada pela boa jurisprudência. No caso das “ruindades” da LREF, a jurisprudência não tem tido temor de julgar mesmo contra a letra da lei, com o aplauso geral de todos que militam neste campo. Bastaria talvez lembrar aqui o parágrafo 4º do art. 6º da LREF que, de forma redundante, estabelece que “Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste

3 FILHO, Manoel Justino Bezerra. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 27.

artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias [...]”. Ou seja, com perdão pela repetição, a boa jurisprudência tem constantemente consertado a lei ruim, até naqueles casos nos quais o texto legal chega a ser redundante.

Na mesma esteira de análise, este tipo de interpretação por meio da qual a jurisprudência conserta a lei, ocorreu também em relação à ação de busca e apreensão do parágrafo 3º do art. 49, para impedir a apreensão do bem alienado fiduciariamente por aplicação do princípio da essencialidade; o impedimento de retirada do bem penhorado em execução fiscal, a menos que esta retirada seja autorizada pelo juízo da recuperação, apesar do parágrafo 7º do art. 6º estabelecer que a execução fiscal não se suspende pelo deferimento do processamento da recuperação; o reconhecimento, em certos casos, da universalidade do juízo da recuperação, embora tal universalidade apenas esteja prevista para o juízo falencial, conforme art. 76. E os exemplos poderiam ser colhidos às dezenas.

4. Do princípio que norteia o art. 1º da LREF.

A lei deve ser interpretada dentro do sistema maior que encontra a base inicial na esfera constitucional; sempre atento às normas gerais do sistema, no âmbito interno da própria lei, a interpretação deve respeitar, por óbvio, o sistema da própria lei. Tullio Ascarelli anota que a melhor técnica de interpretação, deve observar

[...] esta contínua posição de normas gerais, quer em caráter doutrinário, quer para a solução de um caso e a sua entrosagem no sistema constituído; corresponde, em substância, à necessidade de assegurar o entrosamento lógico de cada solução, de cada nova norma, no sistema pré-constituído.⁴

4 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 128.

É com esta visão sistêmica que se pretende examinar o art. 1º da LREF, atento ao sistema pré-constituído e também, é óbvio, ao sistema da própria Lei.

Por isto mesmo, o art. 1º, ao limitar a recuperação judicial para empresas e sociedades empresárias, deve ser examinado à luz, entre outros, do art. 47 da LREF, bem como à luz dos arts. 966, 981 e 982 do Código Civil. Desta forma, o que se vê é que o princípio do art. 47 é a preservação 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”. O art. 47 não fala em “sociedade empresária”, termo que apenas é encontrado no art. 1º; o art. 47 fala apenas em “fonte produtora” e em “empresa”.

Parece não haver dificuldade maior em entender o que significa “fonte produtora” no art. 47, ou seja, aquela atividade da qual decorre a produção de algum bem de valor no mercado. Portanto, o termo “fonte produtora” tem uma abrangência maior do que simplesmente a que é delimitada pelo termo “sociedade empresária”, do art. 1º, pois a produção independe da existência de sociedade empresária formalizada nos termos do que determina o Código Civil. “Empresa”, igualmente, também não pode ser limitada ao termo “sociedade empresária”, pois empresa refere-se à atividade, a qual pode ser entendida como simples atividade, como simples objetivo a atingir, como simples organização que pode ser subsumida a uma sociedade empresária formal, a uma sociedade simples ou a uma associação.

Vale lembrar a conhecida classificação de Alberto Asquini e sua famosa lição que vê a empresa como um fenômeno econômico poliédrico, ao falar em quatro perfis da empresa: perfil subjetivo, objetivo, corporativo e perfil funcional. Segundo este último perfil, a empresa deve ser vista como o empreendimento exercido com o intuito de produção de bens ou serviços, atuando de forma organizada objetivando a produção ou circulação de bens ou serviços. Aliás, este preciso ensinamento de Asquini é que inspirou o legislador ao formu-

lar o art. 966 do CC., segundo o qual a atividade do empresário configura-se pelo exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Em consequência, como já ressaltado em diversas outras passagens deste texto – e com escusas pela repetição –, o art. 47 abriga a ASPI na medida em que objetiva a “preservação da empresa”, não havendo porque limitar-se o entendimento para entender-se restritivamente que a lei abriga apenas a “sociedade empresária” do art. 1º da LREF. Aliás, curiosamente, sem que às vezes os estudiosos percebam, na própria linguagem popular está consagrado este refinado aspecto teórico de Asquini, sendo comum que se fale que a empresa está dando certo, referindo-se a qualquer objetivo que alguém tenha fixado como meta. “Erradicar o analfabetismo é a nossa empresa”, poderia dizer qualquer autoridade do ramo da educação.

Ou seja, nos próprios termos de nosso sistema de direito positivo, tanto uma fonte produtora quanto uma empresa, independem da existência de uma sociedade empresária formal. Dito de outra forma, tanto a produção por meio de uma fonte, quanto o exercício de uma empresa, podem ser atribuídas a uma associação. Portanto, a partir dos próprios termos da lei, nada impede que a recuperação judicial seja deferida a uma associação, desde que esta, como ocorre com a UCAM, produza um bem de valor econômico por meio do exercício da empresa educacional mantida. Não se está advogando o ativismo judicial, apenas está se pretendendo interpretar a lei, a letra de lei, dentro do sistema jurídico do País.

E aqui pode-se deixar a análise da letra da lei, por meio da qual pode-se chegar à conclusão de que deve ser deferida a recuperação judicial e partir para a análise dos princípios que nortearam a elaboração da lei, ou seja, perquirir a possível vontade principiológica do legislador. O princípio subjacente a toda esta atividade legislativa que redundou na promulgação da LREF está voltado para a manutenção de uma atividade produtiva, uma atividade que possa ser vista como fonte produtora, pelo valor intrínseco que a produção de bens ou serviços representa para o meio social no qual atua. E, por

esta razão, não se poderia negar a recuperação se esta negativa viesse a atingir a produção a partir do exercício da empresa.

5. Da teoria da empresa e da situação da associação.

O Código Civil de 2002 abandonou a quase ininteligível teoria dos atos de comércio e adotou a teoria da empresa, na esteira da alteração já anteriormente abraçada pelo Código Civil Italiano, em 1942. Bom ou mau, aqui não se discute este ponto, hoje pode-se definir, com segurança, quem exerce atividade empresária (e quem exerce atividade não empresária). E novamente pedindo perdão por examinar matéria simples e de todos conhecida sobejamente, o que se pretende verificar mesmo que com exame de questões bastante primárias, é se a associação SBI pode ser tida como exercente de uma atividade que só não se considera empresarial, porque não houve a formalidade do registro na Junta Comercial. Se a atividade não é formalmente empresarial, mas é atividade de empresa enquadrável na LREF, é possível deferir-lhe o processamento da recuperação judicial; se não é atividade de empresa, deve ser obstado o caminho da recuperação e a eventual submissão futura à falência.

Novamente com escusas pelo exame de questões primárias, elas apenas são aqui trazidas para que se possa exercer o raciocínio que se pretende construir. Para poder identificar a sociedade empresária, diz o art. 966 do CC quem é empresário, esclarecendo ser aquele que “[...] exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Completa o parágrafo único do artigo: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual [...] salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. Na sequência da análise, é de se colacionar o art. 981, que diz: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Para completar a análise a partir do direito positivo, basta trans-

crever o artigo 982: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967): e simples as demais”.

Examinando-se a concretude da situação da associação mantenedora ASBI ante as exigências legais para que se lhe reconheça a condição de empresário, vai se verificando que ela preenche quase integralmente tais exigências, apenas não havendo entre os dirigentes a partilha dos resultados, de que fala o art. 981, *in fine*. Como efeito, conforme prevê o art. 966, a ASBI exerce profissionalmente atividade econômica, pois é a mantenedora da UCAM, envidando todos seus esforços nesta atividade, em tempo integral; trata-se de atividade econômica de acentuada expressão, movimentando valores apreciáveis na administração de toda sua estrutura educacional, como é de conhecimento público não só da praça do Rio de Janeiro, como de todo o Brasil. Produz e faz circular bens de natureza intelectual, com a prestação de serviços de ensino. Propicia uma grande atividade econômica, com o grande número de alunos que pagam mensalidades, valores com os quais remunera seus professores e funcionários administrativos e atende a todas as despesas necessárias à regularidade das atividades que exerce.

Como já acima anotado, à luz do art. 981, observa-se que a ASBI não preenche a exigência de obrigação de partilha dos resultados entre os componentes de sua direção. No entanto, na parte que se poderia dizer substancial do artigo, quando estabelece que a composição deve se dar por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, enquadra-se aí a associação. Seus componentes, por força de disposição estatutária, obrigam-se a envia-los todos os seus esforços à consecução da finalidade da associação. Como visto, não há partilha dos resultados entre os associados.

Um dos pontos de difícil determinação no estudo da teoria da empresa, é precisamente conseguir definir o que seria o “elemento de empresa” de que fala o art. 966. Uma das definições mais simples, porém das mais objetivas e funcionais, virtudes que aliás são caracte-

rística da simplicidade, é de Graciano Pinheiro da Fonseca⁵, em pequeno artigo publicado no “CDT – Boletim do Centro de Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo”, no qual diz: “Se a organização da sociedade prevalecer sobre as características pessoais e profissionais dos sócios, é sociedade empresária. Se as características pessoais forem determinantes para a atividade, é sociedade simples”. Muita citação se poderia colacionar sobre este ponto mas para o fim aqui visado, esta simples e precisa frase é suficiente.

Aplicando a lição ao caso sob exame, vê-se que conforme art. 21 dos “Estatutos”, a ASBI é administrada por uma diretoria, composta por presidente, vice-presidente, secretário geral e dois diretores, eleita em assembleia geral dos associados para um mandato de cinco anos, com possibilidade de reeleição. Evidentemente, até por seu gigantismo, mas também simplesmente por sua forma de atuação, nenhum aluno que venha a se matricular nos cursos da UCAM, terá feito tal opção a partir da análise das características pessoais de sua diretoria ou de qualquer um dos associados. Ou seja, embora os serviços educacionais da UCAM e por consequência, da ASBI, decorram de atividade intelectual de natureza científica (art. 966 do CC), o exercício de tal atividade enquadra-se integralmente como elemento de empresa. Com efeito, no caso, a organização da associação prevalece sobre as características pessoais e profissionais dos diretores, dos associados ou dos professores que atuam; repita-se, os alunos procuram a UCAM sem qualquer preocupação com as características individuais de pessoas dirigentes, pessoas que aliás os alunos muitas vezes não conhecem, de quem nem sequer sabem os nomes.

Não se perde de vista, é claro, que o art. 44 do CC, ao classificar as pessoas jurídicas de direito privado, separa as associações das sociedades. Também não se esquece do art. 1º da LREF, que por interpretação *contrario sensu* exclui as associações da possibilidade de

5 FONSECA, Graciano Pinheiro da. *CDT: Boletim do Centro de Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo*. 2003, ano I, n. 12.

pedir recuperação judicial ou de ter sua falência decretada. Sem embargo, o que se pretende demonstrar aqui é que a LREF, ao consagrar em seu art. 47 o princípio da “função social” da sociedade a ser preservada, na realidade precisa ser entendida sob o viés de preservação de “atividade econômica”, que deflui de “fonte produtora” e que é socialmente útil pelo que propicia em termos de “emprego dos trabalhadores”. Ou seja, preservar a associação que se enquadre em tais parâmetros é atender o objetivo da lei.

Aqui volta-se ao princípio que norteia a LREF. Para esta lei, não há qualquer relevância no fato de haver ou não partilha dos resultados entre os sócios. O que interessa ao legislador, quase truísmo, é a manutenção da atividade econômica, com preservação da produção e dos empregos. Insista-se: partilhar ou não o lucro é matéria que não tem qualquer interesse, por mais distante que possa ser, para a finalidade social que norteou a promulgação da LREF. É verdadeiramente *res inter alios*, matéria absolutamente irrelevante para os valores sociais visados pelo sistema recuperacional instituído na LREF.

6. Do registro na junta comercial.

A consulente está convencida de que sua pretensão de se lhe deferir o processo de recuperação será acatada pelo Judiciário, por todas as razões que entende como fundamento suficiente para tanto. Exerce atividade econômica, produz bens culturais por meio dos serviços que presta, dela dependem inúmeras famílias de professores e funcionários administrativos, por ela transitam milhares de estudantes de todos os cursos, bens estes de natureza social que precisam ser preservados e que são prestados à comunidade desde o longínquo ano de sua fundação, em 1902, início do século XX. Tem assim uma tradição mais que centenária que quer preservar e que, por isto mesmo, sabe que terá a colaboração de seus credores na futura recuperação, os quais certamente pesarão todas estas circunstâncias. Por tudo isto, está agindo aqui com a maior transparência e com absoluta boa fé.

Como demonstração cabal de sua boa fé, a consulente sabia que teria um caminho certamente mais simples para ver deferido o processamento de seu pedido de recuperação. Com efeito, a última decisão do STJ relativamente ao prazo de 2 anos exigido pelo art. 48, foi no sentido de ser possível a recuperação ao produtor rural que se inscreva na Junta Comercial, na forma do art. 971 do CC, desde que comprove que exercia atividade por lapso de tempo superior aos 2 anos. Este entendimento, depois de vários anos de discussão nos Tribunais dos diversos Estados, acabou de ser acatado no julgamento do REsp nº. 1.800.032/MT⁶, j. em 5.11.2019, Rel. o Min. Marco Buzzi, sendo suficiente a transcrição de parte da ementa, na qual consta: “Efeitos ‘ex tunc’ da inscrição do produtor rural. Pedido de recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 48). Cômputo do período de exercício da atividade rural anterior ao registro. Possibilidade. Recurso Especial provido”. Este julgado refere-se à atividade rural mas, por analogia certamente será aplicado a outras entidades que se inscrevam na Junta Comercial, para fins de ter-se por satisfeito o requisito temporal de dois anos.

A ASBI provaria que exerce sua atividade há mais de um século, desde 1902. Não haveria portanto qualquer impedimento para que a associação se transformasse em sociedade limitada ou em sociedade anônima para, em seguida, requerer recuperação judicial e, segundo o entendimento exarado no STJ, seu pedido de recuperação teria regular seguimento. No entanto, a direção da ASBI entendeu que, por respeito a seus parceiros, credores que certamente sofrerão (como todos sofrem em uma recuperação), melhor seria colocar a claro sua situação de crise e contar com a compreensão deles, segura ainda de que suas razões serão acatadas pelo Judiciário. Exatamente pela boa fé de que está imbuída, e sempre com o intuito de agir da forma mais transparente é que, independentemente de poder se valer da possibi-

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.800.032/MT. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 5 nov. 2019. Data de Publicação: 10 fev. 2020.

lidade de inscrever-se como sociedade empresária, preferiu seguir o caminho ora trilhado.

7. Da figura do agente econômico.

Está agora em discussão na Câmara Federal, praticamente em condições de aprovação imediata, o Projeto de Lei nº. 6.229/2005, que englobou todos os projetos de alteração da LREF, inclusive o último projeto, de nº. 10.220/2018. Tal projeto engloba uma série de alterações que os quinze anos de vigência da LREF mostraram que devem ser aperfeiçoados. Como em todo projeto, nele constam algumas alterações aceitas pela unanimidade dos estudiosos, outras rejeitadas por parcela ou mesmo maioria de tais estudiosos. De qualquer forma, de uma maneira geral, pode-se afirmar que as diretrizes principais do projeto efetivamente caminham no sentido de trazer aperfeiçoamentos à LREF.

A lembrança do projeto é oportuna, tendo em vista que houve severas discussões no sentido de aumentar, de forma quase plena, o rol daqueles que teriam condições de pedir recuperação judicial e, em consequência, submeter-se ao decreto de falência. O que se entendeu então, na esteira aliás de uma tendência mundial, é que a possibilidade de preservação deve ser estendida a qualquer agente que exerça uma atividade econômica, superando assim a barreira que vem da dicotomia do direito privado, superação que já foi ensaiada com a tentativa de unificação por meio do CC de 2002. O art. 1º da LREF passaria a determinar que esta aplica-se aos “agentes econômicos”, definindo-se a seguir o que se entenderia por esta expressão, de tal forma que associações como a ASBI passariam a ser abrangidas pela lei.

Na sequência das discussões, abandonou-se esta proposta por se entender que poderia levar a uma amplitude que talvez pudesse vir a causar mais problemas do que soluções, isto exatamente por incluir no conceito de agente econômico, também as pessoas físicas.

No entanto, das discussões então entabuladas, ficou claro que pessoas jurídicas exercendo atividade econômica deveriam passar à possibilidade de se socorrerem da LREF, pois a constatação era no sentido de que diversos tipos de organização, que se assemelhavam bastante às sociedades empresárias, estavam excluídas. Ou seja, a preservação passaria a incluir as fontes produtoras que, embora não sociedades empresárias formais, ainda assim guardavam estrita função social, estimulando a atividade econômica e mantendo o emprego dos trabalhadores.

Atendiam, portanto, a todos os princípios nominalmente firmados no art. 47, embora não fossem formalmente sociedades empresárias. Esta é exatamente a situação da ASBI, como se tentou demonstrar acima e como, certamente, será demonstrado pelo que vier a constar do pedido inicial. Aliás, tratando-se de associação mais que secular, conhecida de todos no Estado do Rio de Janeiro, atraindo estudantes de todo o País, é desnecessário insistir neste ponto, por se tratar de fato notório.

8. Algumas conclusões (parciais) já possíveis.

Seria desnecessário ressaltar aqui o que a manutenção do funcionamento da UCAM representa em termos de valor social, não só por se tratar de fato notório no Estado do Rio de Janeiro, mas também porque certamente este ponto será devidamente examinado na petição inicial. Ainda assim, em título mais abaixo deste parecer, será rapidamente examinado este aspecto, lembrado porém desde já a importância para a sociedade brasileira da manutenção dos serviços educacionais proporcionados pela UCAM. No presente momento do parecer, tenta-se fazer um resumo do que já foi exposto, a título de “conclusão parcial”, em que pese a aparente imprecisão do termo, pois se é parcial, não poderia ser conclusão. No entanto, por uma questão de método, adiantam-se algumas conclusões.

A associação de ensino não é excluída diretamente por nenhum dos artigos da LREF, pois a exclusão apenas é deduzida dos termos do art. 1º, por um sistema interpretativo *contrario sensu*. Quando o legislador quis excluir diretamente, listou todas as pessoas jurídicas (empresárias ou não) nos dois incisos do art. 2º. Tome-se do inc. II do art. 2º, como exemplo, a exclusão direta de “sociedade operadora de plano de assistência à saúde”, operadora que pode ser tanto uma cooperativa como uma sociedade limitada, como ocorre em nosso meio. Já uma sociedade limitada que operasse no campo educacional, não estaria excluída.

Daí, o que se pode concluir é que a exclusão direta do plano de assistência à saúde não pode ser tratado da mesma forma que o prestador de serviços educacionais. Embora se possa criticar (e é mesmo criticável a exclusão de planos de saúde), o que se vê da leitura da lei é um rigor muito mais acentuado com relação ao campo da saúde do que em relação ao campo educacional. Esta opção legislativa permite que no campo teleológico, admita-se que a associação educacional deve ser tratada com rigor acentuadamente menor do que o plano de saúde, este excluído diretamente da LREF, aquele excluído apenas por meio de uma interpretação *contrario sensu*. Considerado este aspecto, cabe à jurisprudência completar a lacuna da lei, para permitir recuperação para a associação que tem por “empresa” a prestação de serviços educacionais.

O CC de 2002, declaradamente, aderiu à teoria da empresa, com a pretensão de também tentar afastar a dicotomia do direito privado e unificar o campo civil e o campo comercial (ou empresarial). A LREF foi promulgada em 2005, quando o novo CC estava em vigor há apenas três anos, ou seja, as regras de direito civil não haviam ainda sido interiorizadas na mente dos estudiosos do direito. Por isto mesmo, a lei não considerou (nem poderia considerar) que a classificação dos incisos do art. 44 (ao distinguir associações de sociedades) poderia entrar em choque com os arts. 966, 981 e 982 do CC.

Foi o que ocorreu e é o que ocorre aqui. No presente caso, estamos frente a uma associação, que preenche praticamente todas as condições exigidas pelos artigos do CC para que possa ser classificada como sociedade empresária e que, no entanto, não pode ser enquadrada no art. 1º da LREF e não pode valer-se, em consequência, da recuperação judicial. Se o que a lei pretendeu implantar foi a possibilidade de preservação da empresa em crise econômico-financeira superável e se uma associação preenche todas as exigências para ser tida como sociedade empresária, não há razão para exclusão da associação. Em consequência, no caso, não há razão para exclusão da ASBI.

E aí aplica-se a “teoria” já acima lembrada, segundo a qual a lei ruim (no caso, a lei contraditória) deve ser consertada pela boa jurisprudência. Não se trata aqui de pedir qualquer espécie de ativismo judicial. Trata-se somente de interpretar a legislação para aparar as contradições que sempre ocorrem em leis mais extensas, em códigos em geral (e a LREF é o código das empresas em crise). O entendimento que se pretende adotar aqui nada mais é do que o resultado de uma interpretação sistemática, que afaste as contradições apontadas.

E como último argumento desta “conclusão parcial”, o que se nota é que a ASBI preenche todas as exigências da LREF e enquadra-se em todos os princípios de conservação da empresa pelos benefícios sociais dela decorrentes. Por se tratar de raciocínio extenso e para evitar aqui a repetição inútil de trecho longo, pede-se vênica para remeter ao título “V” acima, que fala da teoria da empresa e da situação da associação. Como lá exposto, o único item que faltaria para que se reconhecesse a ASBI como sociedade empresária, seria a ausência de “partilha, entre si, dos resultados”, conforme exige o art. 981 do CC. Porém, também como já examinado acima, esta divisão de resultados entre os sócios ou entre os associados, é questão *interna corporis* que apenas diz respeito ao interesse particular de cada componente da sociedade ou da associação.

9. Da conhecida recuperação judicial da Casa de Portugal.

Esta necessidade urgente de que a jurisprudência traga para a LREF uma interpretação que seja acorde com o espírito que a norteou, felizmente tem sido acatada pela jurisprudência e, por isto, tem sido possível caminhar bem na senda da recuperação de empresas. Para evitar repetições inúteis, é se de ressaltar aqui os exemplos acima mencionados, nos itens “10” a “11” acima. No ponto específico de interpretação extensiva e mais abrangente dos artigos 1º e 2º da LREF, as manifestações jurisprudenciais estão caminhando no sentido de aplicação do princípio de a recuperação judicial ser concedida sempre que houver uma atividade econômica com valor social em perigo de fenecer.

O primeiro precedente que vem à lembrança constitui um marco do pensamento no direito recuperacional e ocorreu exatamente no Estado do Rio de Janeiro, com o já histórico caso da Casa de Portugal, associação mantenedora de uma unidade hospitalar, uma escola e um asilo. O caso é ainda mais marcante porque o REsp nº. 1.004.910/RJ é do ano de 2008, a partir de caso originado na instância inicial no ano de 2006, ou seja, quando a LREF tinha completado apenas um ano de vigência. Como é do conhecimento geral, fato notório, a Casa de Portugal hoje presta relevantes serviços sociais em sua área, sendo um marco na prestação de serviços médicos. Isto não teria ocorrido se não tivesse sido deferido a ela a possibilidade de valer-se do procedimento da recuperação judicial. O caso é bastante conhecido mas parece oportuno transcrever alguns pontos do V. Acórdão de lavra do Ministro Fernando Gonçalves, com votos convergentes dos Ministros Aldir Passarinho Jr., João Otávio de Noronha e Massami Uyeda.

Antes porém de trazer excertos do julgado do STJ, transcreva-se parte da r. sentença que concedeu a recuperação judicial, sentença que veio a ser confirmada pelo julgado referido. Extrai-se a parte que diz:

Assim, considerando o interesse público consagrado pelo princípio da preservação da empresa, contido no art. 47 da Lei 11.101/05; mormente considerando o objeto social da recuperanda; considerando ainda a ausência de lei disciplinadora do parcelamento de débitos tributários de empresas em recuperação e considerando comprovada a viabilidade da empresa e o seu valor social em funcionamento, destacando-se que a sociedade existe há 78 anos, dedicando-se não só à prestação de serviços médico-hospitalares, como a educacionais e de asilo, emerge recomendável a concessão da recuperação judicial na forma pleiteada.⁷

Esta decisão foi precedida de parecer da douta representante do Ministério Público, hoje Desembargadora do TJRJ, Dra. Mônica de Faria Sardas, sentença proferida pelo E. Juiz Dr. Antônio Carlos Esteves Torres, hoje Desembargador aposentado, atuante como vice-presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da gloriosa EMERJ.

Do REsp nº. 1.004.910/RJ, que confirmou a r. sentença, extrai-se:

Em primeiro lugar, é de ser destacada a função social da recorrente, entidade que mantém um hospital, um asilo e um colégio, havendo notícia nos autos de que emprega por volta de seiscentas pessoas, disponibiliza à sociedade carioca mais de cem leitos, possui duzentos e setenta alunos matriculados, além de recolher impostos anualmente no montante de R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais).⁸

7 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Autos nº. 0060517-56.2006.8.19.0001 – Rio de Janeiro. 4ª Vara Empresarial.

Fazendo menção à teoria do fato consumado, o julgado novamente adentra a questão do valor social da manutenção da atividade, ao dizer:

É nesta linha de raciocínio, adequado e oportuno o ensinamento de JOSÉ DA SILVA PACHECO, para quem o escopo da Lei 11.101, de 2005, foi ‘atender os anseios e tendências manifestas na segunda metade do século XX e princípio deste século XXI, no sentido de salvaguardar a empresa, que tem uma função social e, por isso, deve subsistir às crises, em benefício dos que nela trabalham, da comunidade em que atua, dos mercados de fatores de produção e de consumo do local, da Região, do Estado e do País.’

É a mais perfeita aplicação do princípio inserto no art. 47 da LREF, que privilegia o valor social da atividade, para que a recuperação possa ser concedida, preservando a “empresa” exercida pela associação.

O julgado prossegue e a seguir analisa outro aspecto que incide diretamente sobre a questão ora posta em juízo. Examina a teoria da empresa, para admitir que a associação civil Casa de Portugal, na realidade, exerce atividade empresarial:

Cabe realçar, também, agora com apoio na doutrina abalizada do Prof. ARNOLD WALD, que a caracterização da empresa reside no ‘exercício de uma atividade econômica ... que tenha por fim a criação ou circulação de riquezas, bens ou serviços’, estando a ideia de empresa ‘relacionada com o princípio da economicidade, ou seja com

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.004.910/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 18 mar. 2008. Data de Publicação: 04 ago. 2008.

o desenvolvimento de uma atividade capaz de cobrir os próprios custos, ainda que não existam finalidades lucrativas.’

E prossegue, agora novamente focando o valor social da atividade exercida:

A recorrente, quando da interposição do recurso e não havendo motivo para duvidar de sua afirmativa, contava com leitos ocupados no Hospital Comendador Gomes Lopes e alunos no Colégio Sagres, além de outras atividades, todas elas, ainda segundo a recorrente, remuneradas.

Entendeu-se necessário fazer a transcrição destas partes do julgado do STJ, pois são pontos que se aplicam de forma absoluta ao caso ora sob análise, com a preservação da atividade de uma associação, que pratica atos que se assemelham aos atos praticados no campo empresarial, além de tal atividade ser preservada, pelo valor social subjacente. E ressalte-se, mais uma vez, que a Casa de Portugal estaria excluída de forma direta pelo inc. II do art. 2º, enquanto a atividade educacional da UCAM apenas se poderia, em tese, entender excluída por interpretação *contrario sensu* do art. 1º da LREF.

Como já anotado acima, não se está pretendendo aqui qualquer forma de ativismo judicial, que sempre pode levar a um campo de maior insegurança. O que se pretende aqui é tentar demonstrar que, a hermenêutica iluminada pelo princípio da defesa do valor social, faz com que se conclua ser possível a recuperação. Ou seja, trata-se de aplicar a letra fria da lei à realidade mutável do dia a dia. Curiosamente, em sua declaração de voto concordante, o Min. Masami Uyeda resume exatamente este argumento, ao dizer: “Srs. Ministros, este debate que acabamos de ouvir mostra exatamente a dificuldade que temos como juízes de conciliar interpretação da lei com a realidade que se apresenta”.

10. Da recuperação judicial da Associação Educacional Luterana do Brasil – AELBRA.

A visão jurisprudencial relativamente a casos semelhantes ao presente vem se instalando no pensamento jurídico nacional, do que dá conta a manifestação dos Tribunais, no caso do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na recuperação judicial da Associação Educacional Luterana do Brasil. Na Apelação Cível nº. 5000461-37.2019.8.21.0008/RS, julgada em 13.12.2019, Relator o Des. Niwton Carpes da Silva, foi reformada a r. sentença de primeiro grau, que havia indeferido o pedido inicial de recuperação. A matéria em discussão dizia respeito ao período de dois anos do art. 48, mas os argumentos que levaram o E. Tribunal a conceder a recuperação aplicam-se também ao presente caso, por se tratar de exame do valor social da empresa.

O caso também tratava de instituição educacional, como a UCAM, que atua no Rio Grande do Sul há mais ou menos vinte anos e que exerce grande atividade de ponderável valor social, o que foi considerado fundamental para o deferimento do processamento da recuperação. Extrair do V. Acórdão parte destes fundamentos será a demonstração da sensibilidade do poder jurisdicional para a manutenção da atividade, repita-se, de grande valor social. Diz o julgado:

Nesse cenário, então, concessa venia, a sentença de extinção merece reforma, pois há mais nos autos do que a simples consideração fria da lei, existe, no mínimo, uma resposta de esperança a mais de 60.000 estudantes, 4 ou 5 mil professores e funcionários e centenas de credores. Negar a chance do soerguimento empresarial à autora é empurrá-la em direção à bancarrota, quando, então, como se se sabe, só haverá perdedores. É imprescindível uma releitura do art. 48 da Lei Federal n. 11.101/2005.⁹

9 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível

Aqui no caso, ante a importância social da manutenção da empresa exercida pela UCAM, *mutatis mutandis*, é imprescindível a releitura do art. 1º da LREF.

Quanto à conceituação de empresa, transcreve-se parte do julgado também aplicável ao caso presente:

Também não foge ao debate a consideração de que a atuação da autora sempre teve, senão integralmente, mas em boa dose, a ideia de lucro e a ideia de empresa, com autonomia e gestão, tanto que arregimentou um vultoso patrimônio, com capacidade de gestão e investimento. Cabe realçar, também, agora com apoio na doutrina abalizada do Prof. ARNOLD WALD, que a caracterização de empresa reside ‘no exercício de uma atividade econômica ... que tenha por fim a criação ou circulação de riquezas, bens ou serviços’, estando a ideia de empresa ‘relacionada com o princípio da economicidade, ou seja com o desenvolvimento de uma atividade capaz de cobrir os próprios custos, ainda que não existam finalidades lucrativas.’

Ou seja, conforme já examinado anteriormente, a ABSI e a UCAM exercem empresa, o que permite que a elas seja deferido o processamento da recuperação judicial, por exame da letra da lei, artigos 1º, 2º e 47, matéria melhor analisada nos itens “19” a “26” acima.

O julgado cuida também de aspecto já examinado nos itens “3” e “4” e “13” a “18” acima, sobre a diferença entre as exclusões decorrentes da leitura dos artigos 1º e 2º da LREF, dizendo:

Mas o apego à literalidade da lei leva, algumas vezes, não só à injustiça, como no caso presente,

nº. 5000461-37.2019.8.21.0008/RS. 6ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Niuwton Carpes da Silva. Data de Julgamento: 13 dez. 2019. Data de Publicação: 13. dez. 2019.

mas, também, a ciladas jurídicas quase intransponíveis. Acontece que o art. 1º fala expressamente que a Lei n. 11.101/2005 se aplica ‘ao empresário e sociedade empresária’. Todavia, o art. 2º diz que a lei não se aplica à empresa pública, sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Ora, sociedades de ensino e associações não foram excluídas diretamente do texto legal que é específico a quem não se aplica a lei, o que em tese, se aplicaria à autora, mesmo sem considerar a sua transformação social ocorrida em abril/2019.

Mais adiante, o julgado lembra que a interpretação teleológica da lei se impõe em casos como o presente, dizendo:

Nesse vértice, agrego referência às ponderações lançadas pela eminente MIN. NANCY ANDRIGHI, transcritas nas razões de apelo, quando menciona, em coletânea organizada em homenagem ao Prof. Peter Walter Ashton – Estudos de Direito Empresarial (org. André Fernandes Estevez e Marcio Felix Jobim – Ed. Saraiva), teve artigo publicado, onde diz, in verbis: “... sempre que for verificada alguma dissonância entre os efeitos produzidos pela interpretação literal dos dispositivos legais e a intenção do legislador, deve o intérprete analisar teleologicamente a norma aplicável à espécie de julgamento. No que diz respeito ao biênio legal e exercício do comércio, apto a legitimar o pedido de recuperação judicial, é sempre necessário observar o princípio constitu-

cional da função social da propriedade e também o postulado da manutenção dos meios de produção.’

11. Da princiologia da lei segundo a jurisprudência do STJ.

Alguns criticam, às vezes com razão, a exacerbada importância que pretende se dar ao princípio insculpido no sempre lembrado art. 47 da LREF, princípio que tem por ponto central a preservação da empresa. Efetivamente, há as vezes certa tentativa de abuso por parte dos devedores, pretendendo que se esqueça o que mais consta da lei e volte-se o hermenauta apenas para o princípio, mesmo que em prejuízo de previsões legais específicas. Na realidade, o princípio do art. 47 exige, para sua aplicação, que exista uma atividade empresarial benéfica socialmente e que o titular de tal atividade esteja em condições de recuperar-se, se lhe for concedida a recuperação.

Neste ponto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem tomado todo o cuidado para que não haja exageros na aplicação do princípio. Inúmeros julgados poderiam ser trazidos à colação, para demonstrar a correta interpretação que é dada ao art. 47. No entanto, por todos, pode-se transcrever excerto do REsp nº. 1.207.117/MG¹⁰, Rel. o Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10.11.2015:

Com efeito, a hermenêutica conferida à Lei 11.101/2005, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que, além de não fomentar, na verdade inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.207.117/MG. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 10 nov. 2015. Data de Publicação: 25 nov. 2015.

viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto.

A situação da ASPI e da UCAM enquadra-se perfeitamente à situação exposta neste julgado de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, sempre preocupado com a melhor aplicação da LREF, como também em cortar qualquer liberalidade exagerada que possa conduzir ao sempre indesejado ativismo judicial.

Conclusão.

A título de conclusão, serão respondidos os três quesitos apresentados pelo consulente.

Quesito 1 – A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, agentes econômicos formalmente constituídos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas como associações civis, possuem legitimidade para requerer o deferimento do processamento de sua recuperação judicial? Por quais razões?

Resposta: No parecer tentou-se responder à questão central, da qual dependem as demais. Ou seja, por todas, a ASBI, associação civil, mantenedora da UCAM, pode pedir recuperação judicial? E a resposta é positiva: sim, uma associação civil que exerce função de mantenedora de uma entidade dedicada ao ensino, como a UCAM, pode e deve ter seu pedido de processamento de recuperação judicial deferido, por diversos fundamentos examinados acima, aos quais se faz referência aqui, indicando o número do item no qual a questão foi examinada, para evitar repetição desnecessária. Não há exclusão direta na LREF de associação de ensino (item 4). A LREF, com apenas

15 anos, está ainda na fase inicial de “conserto” jurisprudencial de suas lacunas e contradições (itens 10 a 12). O exame sistemático do art. 47 da LREF, à luz dos arts. 966, 981 e 982 do CC., demonstra que a atividade (ou a empresa) exercida pela ASBI na manutenção da UCAM é uma atividade economicamente idêntica à atividade empresarial (itens 13 a 18). Examinada a atuação da ASBI e da UCAM, à luz da teoria da empresa, vê-se que não há razão para se negar o processamento do pedido de recuperação judicial, o que será examinado com mais detalhes na resposta ao quesito “3”. A ASBI é uma “empresa”, no sentido funcional que Asquini aponta em sua famosa teoria do fenômeno econômico poliédrico, teoria adotada para a perfeita abordagem da sociedade empresária (item 16). A partir da definição de Asquini e do exame do sistema da LREF, conclui-se que a ASBI, por exercer atividade de empresa, pode pedir recuperação judicial (itens 19 a 26). A tendência legislativa atual é no sentido de colocar ao abrigo da LREF todo aquele que exerce atividade econômica, estendendo a lei para todo “agente econômico” (itens 30 33). Os precedentes jurisprudenciais indicam que o pensamento jurídico caminha em direção a esta liberalização (itens 41 a 54).

Quesito 2 – A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, à luz do segmento econômico de educação, ensino e cultura em que atuam, fogem do rol de proibição para o deferimento do processamento da recuperação judicial disposto no art. 2º e incisos da Lei nº. 11.101/2005? Por quê?

Resposta: Uma comparação entre os termos do art. 1º ante o art. 2º demonstra que a LREF exclui “diretamente” de sua proteção, as instituições relacionadas nos incisos I e II do art. 2º, entre as quais não consta instituição de ensino. Apenas uma interpretação *contrario sensu* do art. 1º é que poderia embasar a exclusão da instituição de ensino (itens 3 e 4). Portanto, pode-se dizer que a instituição de ensino não está excluída da LREF, de *lege lata*, examinado o art. 2º e seus

dois incisos. Estaria excluída de *lege ferenda*, na forma do art. 1º, o que porém não parece ser verdade, quando se examina este artigo à luz da teoria da empresa e, de forma sistemática, à luz do art. 47 da LREF e dos arts. 966, 981 e 982 do Código Civil (item 14), resposta que se completa com os comentários ao quesito de nº 3, em seguida.

Quesito 3 – A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM – detém elementos de empresa configurados, na forma do art. 966 do Código Civil?

Resposta: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI – (por todas) detém todos os elementos de empresa, examinada sua situação à luz dos arts. 966, 981 e 982 do Código Civil. Na função de mantenedora da UCAM, exerce “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (art. 966) e o exercício da atividade de ensino “constitui elemento de empresa” (art. 966). Os componentes do corpo diretivo da ASBI “reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica” (art. 981), preenchendo, portanto, todas as exigências do art. 982, para ser considerada (por absoluta semelhança) uma sociedade empresária, no exercício de sua empresa. Os dirigentes apenas deixam de efetuar “a partilha, entre si, dos resultados”, o que porém é questão *interna corporis*, previsão que aliás apenas vem em benefício dos credores da associação quando deferido o processamento da recuperação. Este exame sobre a ASPI e os elementos da empresa estão explanados de forma mais detalhada nos itens 19 a 26, argumentos que não se repetem aqui para não estender em demasia o texto.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E GARANTIA DE COTAÇÃO¹

ACQUISITION AND SHARE PRICE GUARANTEE

Marcelo Vieira von Adamek

Resumo: Nas negociações que antecedem uma operação de M&A, é comum que os acionistas da sociedade alvo exijam alguma garantia do benefício econômico que esperam auferir. No entanto, procurou-se exigir essa garantia em alguns casos recentes, não mediante um ajuste na relação de troca de ações (pelo qual os antigos acionistas da sociedade alvo passam a titular um percentual maior de ações na companhia adquirente em caso de variação do preço destas), mas mediante a promessa de pagamento, pela sociedade adquirente, da diferença entre o preço pelo qual os antigos acionistas da sociedade alvo efetivamente conseguissem alienar suas novas ações no mercado e um preço mínimo previamente ajustado – isto é, mediante uma garantia da cotação das ações à custa da companhia adquirente. Nesses casos, surgem alguns problemas relacionados a um princípio fundamental do direito societário, que está por detrás de inúmeras regras voltadas à proteção de interesses dos acionistas (especialmente minoritários) e dos credores sociais: o princípio da vinculação patrimonial, segundo o qual o patrimônio da sociedade não pode refluir para os sócios senão nas hipóteses taxativamente previstas em lei. Por meio de uma discussão sobre esse princípio, este artigo se propõe a demonstrar como a garantia da cotação das ações de uma sociedade adquirente (por exemplo, incorporadora) é ilegal no direito brasileiro vigente.

¹ Artigo recebido em 25.09.2020 e aceito em 15.11.2020.

Palavras-chave: Fusões e aquisições. Vinculação patrimonial. Garantia de cotação. Incorporação de ações.

Abstract: In negotiations preceding an M&A transaction, it is common for target company's shareholders to demand some guarantee of the economic benefit they expect to receive. However, in some recent cases, this guarantee was required not through an adjustment in the share exchange ratio (whereby target company's shareholders receive a higher percentage of shares in the event of a share price variation), but rather through a promise of payment, by the acquiring company, of the difference between the price at which the target company's shareholders would be able to sell their new shares on the market and a previously adjusted minimum price – in other words, through a share price guarantee at the expense of the acquiring company. In such cases, some problems arise concerning a fundamental principle of corporate law underlying numerous rules that protect the interests of shareholders (especially of minority shareholders) and of corporate creditors: the principle of asset retention, according to which the company's assets can flow back to the shareholders only in the cases specifically provided for by law. Through a discussion on that principle, this paper aims to demonstrate why the share price guarantee in an M&A agreement is illegal under current Brazilian law.

Keywords: Mergers and acquisitions. Asset retention. Share price guarantee. Acquisition.

Sumário: Introdução: enunciação do problema e os seus contornos. 1. O regime jurídico da vinculação patrimonial no direito acionário e a proibição de atribuições patrimoniais a acionistas fora dos casos autorizados em lei. 2. A ilegalidade da garantia de cotação de ações concedida a benefício de acionistas da sociedade incorporada: a invalidade da estipulação e o dever de restituição dos valores recebidos da companhia.

Introdução: enunciação do problema e seus contornos.

O problema, a que nos propomos a analisar nas linhas seguintes, pode ser enunciado nos seguintes termos: “em operações de incorporação de ações, é válida a inserção de cláusula de garantia de cotação mínima (ou preço mínimo), por meio da qual a incorporadora obriga-se a efetuar, exclusivamente a acionistas controladores da incorporada, o pagamento da diferença entre o valor pelo qual ditos acionistas vierem a alienar as suas ações a terceiros, de um lado, e a cotação fixada no contexto da cláusula de garantia de cotação, de outro, dentro dos períodos de garantia ajustados?”

Estranhável que seja cogitar de uma tal hipótese, fato é que com ela já nos deparamos em caso concreto – aqui lembrado apenas para ilustrar o problema –, no qual a cláusula de garantia de cotação de ações (*Kursgarantie*) foi estipulada inicialmente no acordo de incorporação de ações (LSA, art. 252), com a seguinte conformação:

1.2. Participação dos Acionistas Delta no capital social da Companhia. As Partes acordam que, em razão da implementação da Operação, serão emitidas 30.000.000 (trinta milhões) de novas ações ordinárias, escriturais e sem valor nominal pela Companhia (“Novas Ações”), equivalentes, após tal aumento de capital, a 22,3% do capital social da Companhia. As Novas Ações serão atribuídas aos Acionistas Delta na proporção indicada no Anexo 1.2, deste Acordo de Incorporação, em substituição à totalidade das ações de emissão da Delta por eles detidas nesta data, as quais passarão a ser detidas pela Companhia.

1.3. Relação de Substituição. Em razão do disposto acima, os Acionistas Delta receberão 1,5 (uma e meia) Novas Ações para cada 1 (uma) ação ordinária, nominativa e sem valor nominal de emissão da Delta. A relação de substituição das ações

de emissão da Delta pelas Novas Ações foi determinada em negociações entre as administrações da Companhia e da Delta, levando em consideração os resultados financeiros da Delta e da Abc Produtos, os ativos de cada uma das companhias, o nível de endividamento e a garantia de preço mínimo dada pela Abc Produtos aos acionistas da Delta nos termos da Cláusula XI deste Acordo de Incorporação. [...]

XI. Cláusula Décima Primeira – Garantia de Preço Mínimo.

11.1. Garantia de Preço Mínimo. A relação de troca das ações de emissão da Delta por Novas Ações estabelecida na Cláusula I deste Acordo de Incorporação foi estabelecida considerando-se um preço mínimo estimado da totalidade das ações de emissão da Delta nesta data pelo valor total de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), ou R\$ 1,00 (um real) por ação de emissão de Delta.

11.1.1. Desta forma, caso ao final do prazo de (a) 3 (três) anos contados da data da aprovação da incorporação pela assembleia geral de acionistas da Companhia – em relação às Novas Ações, com exceção das Ações Vinculadas –, qualquer dos Controladores Delta tenha, de boa-fé, alienado Novas Ações (menos as Ações Vinculadas) por este recebidas quando da Implementação da Incorporação, e/ou (b) 5 (cinco) anos contados da data da aprovação da Incorporação pela assembleia geral de acionistas da Companhia – em relação às Ações Vinculadas –, qualquer dos Controladores Delta tenha, de boa-fé, alienado Ações Vinculadas, e o preço bruto médio de venda por Nova Ação alienada por tal Controlador Delta em

qualquer dos períodos (a) e (b) desta Cláusula 11.1.1 tenha sido inferior a R\$ 1,00 (um real), a Companhia pagará a tal Controlador Delta o valor equivalente (1) à *diferença* entre (i) o preço bruto médio por Nova Ação alienada por este no período em questão (observado o cronograma previsto na Cláusula X acima) e (ii) R\$ 1,00 (um real) (2) *multiplicada pelo* número de Novas Ações alienadas por tal Controlador Delta no período em questão (observado o cronograma previsto na Cláusula X acima) (“Preço Garantido”).

Dita garantia foi, ademais, repetida no “protocolo e justificção de incorporação das ações”, aprovado por ambas as sociedades.

Certo ou errado, naquele caso a garantia de cotação mínima – estipulada no contexto da relação de substituição das ações negociada entre as administrações das companhias “com base na expectativa de que as ações de emissão da Abc Produtos serão, após a Incorporação de ações e apropriação dos benefícios delas decorrentes, negociadas no mercado a um preço igual ou superior a R\$ 1,00 (um real)” (cf. item X.3.iii do protocolo) – foi estruturada para servir como um benefício, uma espécie de “seguro”,² às expensas de todos os acionis-

2 Da análise dos documentos então apresentados, era evidente que garantia de cotação ostentava conformação negocial que a arredava da mera função de ajuste do fator de substituição e, muito mais, a timbrava como bônus ou seguro garantia em favor apenas dos antigos acionistas da incorporada, mas às custas da incorporadora, visto que: (i) de partida, a garantia foi concedida com a projeção de valor (R\$ 1,00) já superior àquela pela qual os títulos estavam sendo negociados (R\$ 0,96); ademais, (ii) nela se contemplou um critério temporal variável, em função da vinculação ou não das ações a acordo de acionistas, estranho a um mero ajuste de fator de substituição (eis que, fosse ajuste em sentido próprio, ser ou não signatário do acordo de acionistas haveria de ser em si dado irrelevante); além disso, (iii) a garantia, uma vez concedida, positivou tratamento diferenciado entre acionistas da mesma classe (LSA, art. 109, § 1º), na exata medida em que apenas os acionistas da incorporada é que são por ela beneficiados, mas não os da Incorporadora, e, além disso, criou uma indesejável situação de relativa indiferença daqueles para com os resultados da empresa (sobre o ponto, Cf. com proveito: DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípios e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. N. 6.2, p. 108). Sobretudo, porém, a garantia não ostentava os traços

tas da companhia, e não apenas dos controladores da incorporadora, a privilegiar, porém, somente os acionistas da incorporada, da seguinte forma: (i) se no período de referência a cotação projetada para as ações da incorporadora viesse a se confirmar, nada seria devido por esta aos antigos acionistas da incorporada; mas (ii) caso contrário, ao invés de realizar um ajuste na relação de substituição – para que os antigos acionistas da incorporada passassem a titular um percentual maior de ações na incorporadora e os desta, conseqüentemente, um percentual menor, em função da diluição –, os acionistas da incorporada, e só estes, receberiam certos valores da incorporadora. E mais: o ônus de tal garantia não recairia apenas sobre os acionistas controladores da incorporadora, mas seria diluído entre todos os acionistas, prejudicando assim também os minoritários.

Pois bem. Ilustrado assim o problema, vejamos o seu equacionamento.

De partida, vale anotar que, ainda quando se reconheça que a incorporação de ações é operação societária a envolver duas companhias³ e nela a relação de troca, ou substituição, das ações possa ser

de real fator de ajuste porque (iv) para deflagrar o pagamento, não se considerava a causalidade da queda de cotação: a queda de cotação das ações da incorporadora no período de garantia pode nem ser imputável a ela ou a seus acionistas, pode ser circunstância fortuita decorrente da incorporação, das vicissitudes da economia ou mesmo de uma má apreciação que o mercado faça da adjunção das empresas, e ainda assim, de acordo com o que foi convencionado, os pagamentos seriam em tese devidos. Ora, nas situações por último figuradas, nas quais não existe causalidade alguma, qual o sentido de beneficiar apenas os acionistas da incorporada ou de funcionar independentemente dos motivos que levaram à oscilação negativa de valores de cotação? A única explicação é: porque se cuidava de seguro ou bônus, e nada mais. De toda forma, fosse um real fator de ajuste (que a rigor implicaria na redistribuição percentual das ações entre as partes, de lado a lado), isso em nada impactaria as conclusões expostas no texto, pois ainda assim continuaria a ser uma atribuição patrimonial concedida pela sociedade (incorporadora) a acionistas (ex-acionistas da incorporada) e em favor de acionistas (da incorporadora, que continuariam a titular a mesma fração do capital social).

3 Cf.: XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. In: ARA-GÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 127; e LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 561.

livremente negociada entre as partes, porquanto não há exigência ou determinação especial de aplicação de critérios rígidos e inflexíveis para a sua justa determinação,⁴ ainda assim, é evidente e inegável que essa liberdade de modelagem negocial (*Gestaltungsfreiheit*) há de ser exercida dentro dos limites dados pelo sistema jurídico e, no que aqui interessa, com integral respeito às regras cogentes preordenadas a tutelar a posição jurídica dos credores sociais e, antes de tudo, das próprias companhias envolvidas.⁵ Ou, de acordo com as sempre lúcidas e precisas palavras de José Luiz Bulhões Pedreira:

A relação de substituição é matéria negocial, mas a liberdade de contratar é limitada (a) pelos deveres do acionista controlador e (b) pelo princípio da realidade do capital social.⁶

Segue-se daí que, ao se conceder aos acionistas da incorporada garantia de cotação de ações – paga às custas do patrimônio da incorporadora – viola-se, de chapa, o regime de vinculação patrimo-

4 Cf.: EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A*, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. IV, p. 293; _____. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (Coord.). *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 90-91; e _____. Incorporação de ações: natureza jurídica e principais características. In: CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *Estudos de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87-88; e KALANSKY, Daniel. *Incorporação de ações: estudo de casos e precedentes*. São Paulo: Saraiva, 2012. n. 3.1, p. 84-85 (com o registro de que “a liberdade convencional prevista em lei não poderá ser utilizada para praticar qualquer tipo de ilegalidade para obter vantagem com a operação”).

5 De igual modo, o aumento de capital na incorporadora, decorrente da versão das ações da incorporada, é aumento atípico (Cf.: PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. n. 23, p. 107-108), por ser ato complementar e necessário da operação, no qual a subscrição das ações se dá pelos administradores da incorporada, independentemente da vontade individual dos acionistas desta; mas, em qualquer caso, também deve respeitar as regras cogentes que visam “resguardar o princípio da realidade do capital social, essencial à preservação dos interesses dos credores da companhia incorporadora” (Cf.: EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A*, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. IV, p. 295).

6 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das companhias*, Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. II, § 495, n. 6, p. 1.997.

nial, na exata medida em que, por meio da estipulação questionada, se assegura a certos e determinados acionistas atribuições patrimoniais fora das hipóteses autorizadas em lei ou do regular processo de apuração e distribuição de lucros em balanço, o que, em última análise, configura ainda uma ilegal restituição de aporte e, pois, uma ofensa ao princípio da realidade do capital social.

Antes de aprofundar na explicação dessa conclusão, cumpre previamente esclarecer, em homenagem à clareza da exposição, no que consiste o regime jurídico da vinculação patrimonial (*Vermögensbindung*) das sociedades – tema esse ainda muito pouco estudado de maneira sistemática no direito brasileiro, embora já tenha sido destrinchado no direito alemão, e que congrega não só as tradicionais regras sobre capital social, mas, em última análise, todas as demais normas que disciplinam as atribuições patrimoniais entre sócios e sociedade. E que, ao amalgamá-las, melhor explica a razão subjacente a estes vários institutos. Vejamos, pois.

1. O regime jurídico da vinculação patrimonial no direito acionário e a proibição de atribuições patrimoniais a acionistas fora dos casos autorizados em lei.

Embora não seja privativo das sociedades anônimas (e das sociedades limitadas), o tema da vinculação patrimonial ganha frente a estas especial relevo, diante da bem evidente circunstância de que, diferentemente do que sucede nas típicas sociedades de pessoas – onde, em caráter subsidiário, o cumprimento das obrigações sociais encontra nos patrimônios de todos ou alguns dos sócios a garantia suplementar (CC, arts. 1.023, 1.039, 1.045, 1.091 e 1.095, § 2º) –, nas sociedades anônimas esta garantia repousa primordialmente no patrimônio social (CC, art. 391; e CPC, art. 789).

Assim é porque as sociedades anônimas constituem a personalização objetiva de um patrimônio;⁷ são pessoas jurídicas (CC, art.

7 O registro é de Fábio Konder Comparato (A constituição da reserva de lucros a realizar e

44, II), dotadas de personalidade jurídica própria, com autonomia patrimonial absoluta:⁸ “o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir” (CC, art. 1.088; e LSA, art. 1º).

As regras do regime jurídico da vinculação patrimonial – tradicionais no direito europeu continental⁹ e, em boa parte, desconhecidas em países da common law¹⁰ – *preocupam-se com a constituição* do patrimônio social (*Kapitalaufbringung*) e com a sua *manutenção* (*Kapitalerbhaltung*), sempre estritamente *afetado* à realização dos seus fins específicos.¹¹ Essa vinculação, como bem se observou, “mar-

o dividendo obrigatório. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense. 1981, p. 148).

8 A rigor, a autonomia patrimonial constitui corolário lógico e necessário da personalidade jurídica, segundo bem observou A. Ferrer Correia: “Pode haver autonomia patrimonial sem personalidade, mas não esta sem aquela” (CORREA, Ferrer. Lições de direito comercial. *reprint*. Lisboa: Lex, 1994. n. 29, p. 240) e assim é porque “se a sociedade não tiver bens que respondam com autonomia pelas dívidas relacionadas com o seu comércio, e antes aquilo a que chamamos os bens da sociedade estiver afetado indistintamente, com o restante do patrimônio dos sócios, ao cumprimento das obrigações destes e ao daquelas assumidas no desenvolvimento das operações sociais – decerto não a poderemos conceber como dotada de capacidade para a si mesma se vincular” (CORREA, loc. cit.).

9 Cf.: WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*. München: C. H. Beck, 1980, § 10 IV 1, p. 558; e HIRTE, Heribert. *Kapitalgesellschaftsrecht*. 6. ed. Köln: RWS Verlag, 2009, § 5.18, p. 302. No processo europeu de unificação legislativa, as regras do direito alemão influenciaram fortemente a 2ª Diretiva (77/91/CEE) do Conselho da Comunidade Econômica Europeia e foram, ao depois, incorporadas ao direito interno dos vários Estados-membros.

10 É o que observa o emérito jurista Herbert Wiedemann: “O meio jurídico anglo-americano desconhece o instituto do patrimônio vinculado” (WIEDEMANN, Herbert, op. cit., p. 558; no original: “*Der anglo-amerikanische Rechtskreis kennt das Institut des gebundenen Vermögens nicht*”). Cf. ainda: DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e patrimônio sociais, lucros e reservas. In: COUTINHO DE ABREU, J. M. (Coord.). *Estudos de direito das sociedades*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2013. N. 1, p. 52-53.

11 Heribert Hirte observa que, “do ponto de vista do seu conteúdo, é característico para o sistema do capital-garantia fixo: a obrigação ou o mandamento para a realização de um determinado capital social (mínimo) inicial, ou em dinheiro ou por meio de bens reais (o dever de realizar a entrada); de outro, a proibição de (1) deixar refluir, aberta ou dissimuladamente, (2) aos sócios, o patrimônio assim constituído” (HIRTE, Heribert. *Kapitalgesellschaftsrecht*, p. cit., § 5, n. 5.19, p. 303); no original: “*In inhaltlicher Hinsicht kennzeichnend ist für das System des*

ca de forma concludente a natureza da sociedade anônima como sociedade de capital e é o preço pela limitação de responsabilidade do acionista”.¹²

Do ponto de vista de *constituição* do patrimônio social, sobressaem o dever de contribuição (ou dever de realizar as entradas) – elemento constitutivo do contrato de sociedade (CC, art. 981) e do qual, por isso, nenhum membro pode ser isentado – e as correlatas regras sobre a formação do capital social, em especial as que asseguram “(i) que o capital, uma vez subscrito, será integralizado (LSA, arts. 80, I e III, e 81, 106, 107, 108, 210, V; CC, arts. 1.004, 1.052 e 1.103, V; e LRF, art. 82) e que, portanto, aquilo que os sócios prometeram realizar, ao subscrever as quotas ou ações em que se divide o capital social, será efetivamente aportado, na forma prometida; (ii) que a integralização corresponda, efetivamente, à cifra nominal em dinheiro declarada como capital no contrato de sociedade, ainda quando a integralização se dê através da conferência de bens ou direitos (LSA, arts. 8º e 10; e CC, art. 1.055, § 1º)”¹³ (= princípio da exata formação ou da realidade do capital social).

De outro lado, “a contrapartida da contribuição para o capital social (*Kapitalaufbringung*)” – explica Heribert Hirte – “constitui a manutenção do capital (*Kapitalerhaltung*). Ela significa a *proibição de deixar refluir para os sócios, de forma aberta ou oculta, o patrimônio realizado de acordo com as normas sobre a formação de capital*”.¹⁴

festen Garantiekapitals: die Verpflichtung oder das Gebot zur Aufbringung eines bestimmten (Mindest-) Grund- bzw. Stammkapitals entweder in bar oder in Form von Sachwerten (die Einlageverpflichtung); zum anderen das Verbot, dieses so aufgebrachte Vermögen offen oder verdeckt (1) an die Gesellschafter (2) zurückfließen zu lassen”.

12 SERVATIUS, Wolfgang; WACHTER, Thomas (Coord.). *Kommentar zum Aktiengesetz* Köln. RWS Verlag, 2011, § 57, n. 1, p. 354 (no original: “*Sie prägt entscheidend das Wesen der AG als Kapitalgesellschaft und ist der Preis für die Haftungsbeschränkung der Aktionäre*”).

13 FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N; e VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Da invalidade da deliberação assemblear contrastante com as regras de fixação do preço de emissão de ações (LSA, art. 170, § 1º), *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 51, n. 161-162, p.17-37, jan./ago. 2012, e, com análogo registro, em A proteção aos credores e aos acionistas no aumento de capital, *RAASP, São Paulo*, v. 96, n. 34-35, 2008.

Dentre as regras sobre *manutenção* do patrimônio social destacam-se aquelas que, no entendimento da doutrina, conformam o princípio da intangibilidade do capital (LSA, arts. 189, 193 e 201; CP, art. 177, § 1º, VI; e CC, arts. 1.009 e 1.059) e, por esse modo, asseguram que “as contribuições dos sócios, correspondentes à integralização, somente poderão ser utilizadas na atividade social, não podendo ser a eles devolvidas senão, em princípio, na liquidação da sociedade (LSA, art. 210, IV; e CC, art. 1.103, IV), ou, então, nas hipóteses expressamente previstas na lei (LSA, arts. 45 e 174; e CC, arts. 1.031, § 1º, 1.082, II, e 1.084)”.¹⁵

Mas, note-se bem, não são só estas: há diversas outras regras inspiradas pelo propósito de manter o patrimônio social *afetado* à companhia, pouco importando a situação do patrimônio líquido. São exemplos de tais regras – que miram, antes de tudo, a preservação do patrimônio, e não só do capital social – as seguintes: (i) a regra que proíbe a prática de atos de liberalidade pela administração e só os autoriza em caráter excepcional e em valores módicos (LSA, art. 154, § 2º, *a*),¹⁶ o que demonstra a indisponibilidade relativa do patrimônio até mesmo para os sócios; (ii) a regra que nos grupos de fato exige que as operações entre as sociedades agrupadas sejam realizadas sob condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado (LSA, art. 245), para evitar que, mesmo nas relações

14 HIRTE, Heribert, op. cit., § 5, n. 5.74, p. 330 (no original: “*Das Gegenstück zur Kapitalaufbringung bildet die Kapitalerhaltung. Sie bedeutet das Verbot, das nach Maßgabe der Kapitalaufbringungsvorschriften aufgebrauchte Vermögen offen oder verdeckt an die Gesellschafter zurückfließen zu lassen*”).

15 FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N.; e VON ADAMEK, Marcelo Vieira, op. cit., p. 35.

16 A vinculação patrimonial está na raiz da regra, segundo bem anota Erasmo Valladão A. e N. França: “Tal proibição encontra fundamento no fato de que os bens sociais devem ser utilizados para a realização da atividade que constitui o objeto da companhia e para a consecução de sua finalidade, que, como a de toda sociedade, mormente a de uma companhia, é a de produzir lucros para distribuição entre os seus sócios” (FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Competência do Conselho de Administração para autorizar a doação de bens ou serviços pela companhia. In: _____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 319).

entre sociedades controladora e controladas, ou coligadas, haja atribuições patrimoniais indiretas a sócios ou quebra do princípio de vinculação patrimonial; (iii) regra que prevê a indenizabilidade do dano individual indireto do acionista (LSA, art. 159, § 7º),¹⁷ justamente para que o patrimônio social não reste desfalcado e reflua para os sócios; (iv) regras que vedam sejam as ações tomadas em penhor em favor da companhia (LSA, art. 30, § 3º; e CP, art. 177, § 1º, V) e que só em caráter excepcional admitem negócios da companhia com as próprias ações (LSA, art. 30, § 1º) ou participações recíprocas (LSA, art. 244); (v) regra que estipula que o patrimônio social, fora das hipóteses de partilha de lucros ao término do exercício, só será restituído aos acionistas ao fim do processo de liquidação (LSA, art. 210, IV, 2ª parte); (vi) regra que impõe a obrigatória formação de reservas legais (LSA, art. 193) e, portanto, em geral não permite sequer que a totalidade dos resultados seja objeto de distribuição – e, pois, de disposição; e, de forma central, (vii) as regras que preveem o direito dos acionistas a auferirem atribuições patrimoniais da sociedade apenas depois de formalmente apurados e distribuídos os lucros em balanço (LSA, arts. 132, II, 201 e 204).¹⁸

Daí se vê que, embora o legislador pátrio não o tenha enunciado expressamente, o princípio de vinculação patrimonial constitui o cerne das sociedades anônimas e resulta, sem mais, da análise sistemática da lei.

É por isso, aliás, que a esclarecida doutrina alemã tem anotado, de forma iterativa, que, mais do que a intangibilidade do capital, o que há, mais propriamente, é a intangibilidade do patrimônio:

17 Também não é por outra razão que a doutrina considera inválido o pacto, inserto em contrato de transferência de participações societárias, pelo qual os adquirentes se comprometem a não processar os antigos sócios-administradores por danos causados à sociedade (Cf.: BONELLI, Franco. *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 198).

18 Para a análise de várias outras regras inspiradas por este mesmo propósito, é proveitosa a consulta à obra de Philomeno J. da Costa (*Anotações às companhias*. São Paulo: RT, 1980. v. I, p. 143-146).

<p>“An der Vermögensbindung nehmen nicht nur die im Zusammenhang mit Gründung oder Kapitalerhöhung erbrachten Einlagen des Gesellschafter teil, sondern alles Vermögen, was aus den Mitteln der AG geschaffen worden ist, und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe des Stammkapitals oder der Reserven”¹⁹ (Harm Peter Westermann).</p>	<p>“Da vinculação patrimonial não fazem parte, portanto, apenas as entradas dos sócios, dadas quando da constituição ou do aumento do capital, mas todo o patrimônio que tenha sido criado com os meios da S/A, e isto sem qualquer atenção quanto ao montante do capital social ou das reservas”¹⁹ (Harm Peter Westermann).</p>
---	---

<p>“Darüber hinaus darf nur der in der Bilanz ausgewiesene Gewinn an die Aktionäre verteilt werden. Die herrschende Lehre (BGHZ 90, 381, 386 (BuM/WestLB); OLG Frankfurt AG 1996, 324; KG NZG 1999, 161; Flume, Allg. Teil I/2, 285; K. Schmidt, GesR § 29II2a; KölnKommAktG/ Lutter § 57, Rn. 2; GroßkommAktG/ Henze § 57 Rn. 8) versteht diese Vorschriften seit langem im Sinn einer Bindung des gesamtem Vermögens und nicht nur des Grundkapitals an die Gesellschaft. Aus dem Gesellschaftsvermögen dürfen keinerlei Leistungen an die Aktionäre gewährt werden mit Ausnahme des auf sie entfallenden Anteils am ordnungsgemäß festgestellten Jahresgewinn oder eines Gewinnvorschusses. So gesehen sichern die Vorschriften die Trennung zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen der Aktionäre ab”²⁰ (Thomas Raiser e Rüdiger Veil).</p>	<p>“Para além disso, somente lucro demonstrado no balanço é que pode ser distribuído aos acionistas. A doutrina predominante (BGHZ 90, 381, 386 (BuM/WestLB); OLG Frankfurt AG 1996, 324; KG NZG 1999, 161; Flume, Allg. Teil I/2, 285; K. Schmidt, GesR §; KölnKommAktG/ Lutter § 57, nº 2; GroßkommAktG/ Henze § 57 nº 8) interpreta estas regras, há muito tempo, como uma vinculação de todo o patrimônio, e não tão-somente do capital social da sociedade. Por conta do patrimônio social não poderão ser concedidas prestações de espécie alguma aos acionistas, exceção feita à parte que no lucro anual devidamente apurado ou em uma sua distribuição antecipada lhes possa caber. Visto assim, asseguram as regras a separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio particular dos acionistas”²⁰ (Thomas Raiser e Rüdiger Veil).</p>
--	--

19 WESTERMANN, Harm Peter; In: BÜRGERS, Tobias; e KÖRBER, Torsten (Coord.). *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012, § 57, n. 4, p. 443. A mesma idéia aparece noutras passagens da obra deste emérito societarista, taxativo ao dizer que “se acha abraçado pela vinculação, não tão-somente os aportes dos acionistas, mas o patrimônio inteiro da sociedade, incluindo as reservas vinculadas” (Ibidem, § 57, nº 1, p. 440; no original: “*nicht nur die Einlagen der Aktionäre, sondern das gesamte Vermögen der Gesellschaft einschließlich gebundener Rücklagen von der Bindung umfasst ist*”).

Ou seja, o que se proíbe pelas regras de vinculação patrimonial – e, em especial, aquelas relativas à sua manutenção – “é, melhor dito, toda e qualquer disposição (subvenção ou atribuição patrimonial) da sociedade em favor de um acionista, que por uma especial regulamentação legal não seja permitida fora da distribuição do lucro apurado em balanço”.²¹

É dizer, o patrimônio social só pode refluir aos sócios ao fim do processo de liquidação, depois de pago todo o passivo; ou, antes disso, depois de apurados e distribuídos os lucros de balanço ou, excepcionalmente, em outras operações minunciosamente reguladas em lei;²² fora daí, não existe hipótese em que o acionista possa receber atribuições patrimoniais, abertas ou ocultas (dissimuladas).

Por força das regras de vinculação patrimonial e, em especial,

20 RAISER, Thomas; e VEIL, Rüdiger. *Recht der Kapitalgesellschaften*. 4. ed. München: Franz Vahlen, 2006, § 19, n. 1, p. 302. A mesma lição é apresentada por Uwe Hüffer (*Aktiengesetz*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2002. § 57, n. 3, p. 271), para quem “melhor se fala, por isso, de vinculação patrimonial, ao invés de conservação do capital social” (no original: “*besser als von Kapitalerhaltung wird deshalb von Vermögensbindung gesprochen*”). Vide ainda, com a mesma lição: RICKERS, Oliver. *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: *Aktiengesellschaft*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2016. § 16, nº 57, p. 239.

21 SPINDLER, Gerald; STILZ, Eberhard. *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1. 2. ed. München: C. H. Beck, 2010. § 57, n. 14, p. 502; no original: “*ist vielmehr jede Zuwendung der Gesellschaft an einen Aktionär außerhalb der Verteilung des Bilanzgewinns, die nicht durch eine besondere gesetzliche Regelung gestattet ist*”). Cf., ainda: WESTERMANN, Harm Peter, op. cit., § 57, n. 5, p. 443; FLEISCHER, Holger. In: SCHMIDT, Karsten; LUTTER, Marcus (Coord.). *Aktiengesetz*. I. Band: §§ 1-149. 2. ed. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010. § 57, n. 10, p. 774; SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4. ed. Köln: Carl Heymanns, 2002. § 29, II, p. 890; RAISER, Thomas; e VEIL, Rüdiger. loc. cit., p. 302 (destacando que, por força da norma que proíbe a devolução de capital aos acionistas, de regra “somente o lucro apurado no balanço é que pode ser distribuído aos acionistas”); e FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1^{er} Band – 2^{er} Teil: *Die juristische Person*; Berlin: Springer-Verlag, 1983. § 8 IV, p. 285 (para quem “o patrimônio da sociedade por ações encontra-se totalmente vinculado para ela, abstração feita ao lucro de balanço deliberado para a distribuição”).

22 Essas operações são, por exemplo, o resgate e a amortização (LSA, art. 44), o reembolso (LSA, art. 45) e a redução de capital (LSA, arts. 173 e 174), sempre observado o procedimento taxativamente regulado em lei.

das que vedam a devolução dos aportes, a doutrina mais moderna destaca não ser dado então à companhia, por exemplo, pagar dividendos antecipados, sem que haja cobertura; distribuir dividendos em geral, sem deliberação assemblear ou com apoio em deliberação nula; aquinhoar acionistas com prêmio de lealdade em razão do tempo de permanência na sociedade ou pagar prêmio por presença em assembleia; devolver aportes, sem que haja deliberação eficaz de redução do capital; pagar remunerações excessivas a acionistas exercentes de cargos em órgãos sociais; renunciar a créditos ou efetuar pagamentos para liberar acionistas de obrigações para com terceiro; e assim por diante.²³

Do ponto de vista subjetivo, ademais, as regras do regime de vinculação patrimonial aplicam-se não só àquelas prestações que, à conta do patrimônio social, venham a ser atribuídas ou prometidas a *acionista atual* (*früherer Aktionär*), senão também a *futuro acionista* (*künftiger Aktionär*). Ou seja, “estes princípios” – conforme anota Oliver Rieckers, amparado em sólida doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alemão – “valem também para terceiros que apenas futuramente se tornarão acionistas. Também neste caso, uma atribuição patrimonial viola o § 57, al. 1, 1ª parte, da lei acionária alemã, quando a prestação efetua-se tendo em conta a futura qualidade acionária”.²⁴

23 Sobre as várias hipóteses de atribuições patrimoniais ilícitas, Cf.: WESTERMANN, Harm Peter, op. cit., § 57, n. 14, p. 448, e nº 20, p. 451-452; FLEISCHER, Holger, op. cit., § 57, n. 10, p. 774; RAISER, Thomas; VEIL, Rüdiger, op. Cit., § 19, nºs 3-5, p. 303-305; e HÜFFER, Uwe, op. cit., § 57, n. 5, p. 271, e n. 12, p. 273.

24 RICKERS, Oliver, op. cit., § 16, n. 71, p. 246; no original: “*Diese Grundsätze gelten ebenfalls für Dritte, die erst künftig Aktionäre werden. Auch hier verstößt eine Zuwendung gegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG, wenn die Leistung mit Rücksicht auf die künftige Aktionärseigenschaft erfolgt (BGH AG 2008, 120/121; GroßkommAktG/Henze § 57, Rdn. 80; Hölters/Laubert AktG § 57 Rdn. 13; Hüffer AktG/Koch § 57 Rdn. 18; Kölner KommAktG/Drygala § 57 Rdn. 119; Münch KommAktG/Bayer § 57 Rdn. 57; Spindler/Stilz/Cahn/v. Spannenberg AktG § 57 Rdn. 54)*”. Cf. no mesmo sentido: CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendung an Dritte. In: LÜTTER, Marcus; SIMPEL, Walter; WIEDEMANN, Herbert (Coord.).

A proibição em causa compreende não só o negócio com eficácia real (ato de disposição patrimonial), mas igualmente negócio jurídico meramente obrigacional, isto é, a promessa de prestação à conta do patrimônio social.²⁵

Em suma, “toda e qualquer medida da sociedade” – conforme bem observou o renomado jurista Werner Flume – “a pedido do sócio majoritário ou da maioria dos sócios ou mesmo de todos os sócios, que à custa da sociedade venha a proporcionar vantagens a um ou a mais de um acionista, representa uma violação da regulamentação do direito acionário relativa à restrição fundamental dos pagamentos aos acionistas em sede de distribuição do lucro de balanço”.²⁶

E é evidente, diante de todo o exposto, que as regras do regime jurídico de vinculação patrimonial têm finalidades protetivas múltiplas.²⁷ Por meio delas, tutela-se o interesse dos credores sociais (que

Festschrift für Robert Fischer. Berlin, NY: Walter de Gruyter. 1979, p. 32-33; SPINDLER, Gerald; e STILZ, Eberhard, op. cit., § 57, n. 51, p. 515; HOLGER, Fleischer, op. cit., § 57, n. 33, p. 784; e BAYER, Walter. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2: §§ 53a – 75. 2. ed. München: C. H. Beck, 2003. § 57, n. 51, p. 115.

25 É o que bem registra Martin Gross-Langenhoff, em profunda monografia sobre o tema: “A proibição (de restituição de aporte) compreende, em primeiro lugar, o negócio com eficácia real (ato real de disposição patrimonial), por exemplo, a transferência de bens patrimoniais a acionista. Ao mesmo tempo, compreende também o negócio jurídico obrigacional, isto é, a promessa de atribuir bens sociais a acionista” (*Vermögensbindung im Aktienrecht*. 2. ed. Frankfurt am Main: Nomos Verlag, 2015. p. 105); no original: “Das Verbot erfasst zum einen des Verfügungsgeschäft, z.B. die Übereignung von Vermögensgegenständen an die Aktionäre. Zugleich erfasst es auch das Verpflichtungsgeschäft, d.h. das Versprechen, den Aktionären Gesellschaftsvermögen zukommen zu lassen (RGZ 149, 385, 400)”.

26 FLUME, Werner, op. cit., § 8 IV, p. 288 (no original: “Jedwede Maßnahme einer Gesellschaft auf Veranlassung des Mehrheitsgesellschafters oder einer Gesellschaftermehrheit oder auch aller Gesellschafter, die zu Lasten der Gesellschaft einem Gesellschafter oder Gesellschaftern Vorteile verschafft, ist ein Verstoß gegen die aktienrechtliche Regelung der grundsätzlichen Beschränkung der Leistungen an die Aktionäre auf den ausgeschütteten Bilanzgewinn”). Evidentemente, as transferências de patrimônio assim indiretamente realizadas são proibidas, ainda quando porventura haja lucros a ampará-las (Cf.: WIEDEMANN, Herbert, op. cit., § 10, IV 2, p. 562-563).

27 Cf.: SPINDLER, Gerald; e STILZ, Eberhard, op. cit., p. 499; FLEISCHER, Holger, op. cit., p. 771-772; e SERVATIUS, Wolfgang, op. cit., § 57, n^{os} 4-5, p. 355-356.

constituem grupo de referência do direito societário e que, por terem a garantia geral dos seus créditos no patrimônio social, são prejudicados pela defraudação deste); assegura-se a igualdade de tratamento entre os *acionistas*, obstando vantagens particulares a alguns destes, ou entre acionistas atuais e futuros; preserva-se a ordem de competências sociais, obstando a partilha de bens ao largo do processo de apuração e partilha de resultados do exercício; antes de tudo, protege-se ainda a própria companhia, enquanto pessoa jurídica e, portanto, titular do patrimônio e dos seus bens.²⁸

São regras cogentes, proibitivas e de caráter imperativo, que não podem ser condicionadas ou restringidas por convenção contratual ou pelos estatutos²⁹ e, *a fortiori*, por pactos parassociais ou contratos coligados; a sua violação no direito brasileiro é, por isso, causa de nulidade do negócio jurídico (CC, art. 166, VD).³⁰

Feita essa exposição, volvemos à análise da higidez da garantia de cotação de ações de que aqui estamos a tratar, prevista no con-

28 Tem total razão Werner Flume ao colocar, em primeira plana, a própria pessoa jurídica: “É dito, em geral, que a vinculação patrimonial vem a serviço dos interesses dos credores sociais e dos acionistas ou sócios da sociedade limitada. Todavia, a vinculação patrimonial diz respeito diretamente com a autonomia da sociedade de capital como pessoa jurídica” (FLUME, Werner, pp. cit., § 8 IV, p. 286; no original: “*Man sagt im allgemeinen, die Vermögensbindung diene den Interessen der Gesellschaftsgläubiger und der Aktionäre oder Gesellschafter der GmbH. Unmittelbar ist die Vermögensbindung aber bezogen auf die Eigenständigkeit der Kapitalgesellschaft als juristische Person*”).

29 Cf.: RAISER, Thomas; e VEIL, Rüdiger, o. cit., p. 302 (para quem ditas regras “caracterizam a natureza da S/A, e não são, portanto, no estatuto, elimináveis ou restringíveis”); FLEISCHER, Holger, op. cit., p. 772 (dizendo que se trata de “direito cogente” e que por isso, “não pode ser condicionado ou restringido estatutariamente”); e RICKERS, Oliver, op. cit., § 16, n.º 57, p. 238-239.

30 Esse entendimento é difuso (Cf.: SCHMIDT, Karsten, op. cit., § 29 II, p. 892; WIEDEMANN, Herbert, op. cit., § 8 III 1, p. 442; HIRTE, Heribert, op. cit., § 5, n. 5.90, p. 338; RAISER, Thomas; e VEIL, Rüdiger, op. cit., § 19, n. 28, p. 311; HÜFFER, Uwe, op. cit., § 57, n. 23, p. 277; e SERVATIUS, Wolfgang, op. cit., § 57, n. 39, p. 369; dentre tantos outros). No direito brasileiro, a doutrina também destaca a invalidade absoluta resultante da violação das regras legais que disciplinam os vários institutos abrangidos pelo regime de vinculação patrimonial (Cf.: COSTA, Philomeno J. da. *Operações da anônima com as ações do seu capital*, São Paulo: Saraiva, 1965. p. 38; e PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., vol. I, p. 172).

texto da relação de substituição ajustada no acordo de incorporação de ações.

2. A ilegalidade da garantia de cotação de ações concedida a benefício de acionistas da sociedade incorporada: a invalidade da estipulação e o dever de restituição dos valores recebidos da companhia.

De tudo o que já restou exposto nos itens precedentes, resta evidente que, tal como acima cogitada, a garantia de cotação mínima das ações –, acertada no acordo de incorporação e por meio da qual a companhia fica obrigada a efetuar, exclusivamente aos acionistas controladores da incorporada, o pagamento da diferença entre o valor pelo qual ditos acionistas vierem a alienar as suas ações a terceiros, de um lado, e a cotação fixada no contexto da cláusula de garantia de cotação, de outro, dentro dos períodos de garantia ajustados (mais ou menos ampliados, conforme se cuide ou não de ações vinculadas a acordo de acionistas) – se afigura manifestamente contrastante com o regime jurídico de vinculação patrimonial.

Em *primeiro lugar*, porque, por meio da aludida garantia, promete-se a certos e determinados acionistas o pagamento de valores que, não previstos ou autorizados por expressa disposição legal, estariam sendo efetuados ao largo das hipóteses de partilha de lucros apurados regularmente em balanço.

Em *segundo lugar*, cuida-se de atribuição patrimonial que, *de um lado*, corre à conta do patrimônio social e pois, em prejuízo da companhia (e, por extensão, em detrimento da posição jurídica dos credores sociais e dos demais acionistas), e, *de outro*, é concedida, *de forma imediata*, em benefício de acionistas da incorporada; *de foram mediata*, pode-se até afirmar que é dada em proveito dos acionistas da incorporadora que, ao invés de sofrerem um ajuste para maior no fator de substituição da operação e, pois, uma redução proporcional

em suas participações, são agraciados com a manutenção da sua posição acionária, tudo em detrimento do patrimônio da companhia e, pois, de maneira ilegal.

Violam-se assim as regras do regime patrimonial; ofende-se, de maneira central, também o *princípio da realidade do capital social* – na exata medida em que parcelas dos valores conferidos em integralização das ações subscritas (LSA, arts. 7º, 170, § 3º, e 252, § 2º) estão sendo restituídas aos subscritores, com o falseamento do próprio capital social da incorporadora.³¹

Em qualquer caso, o que se tem, de maneira mais cristalina na garantia ora cogitada, é o evidente menosprezo ao regime jurídico de vinculação patrimonial, por não ser dado, sob a sua égide, conceder ou prometer a certos e determinados acionistas atribuições patrimoniais fora das hipóteses autorizadas em lei ou do regular processo de apuração e distribuição de lucros em balanço, sob pena de assim caracterizar-se, em última análise, uma ilegal *restituição de aporte* (*Einlagerückgewähr*).³²

31 Invoque-se aqui a sempre precisa lição do insuperável mestre Tullio Ascarelli, para quem a diminuição patrimonial sem redução do capital é ainda mais prejudicial aos credores: “uma diminuição do patrimônio social com redução do capital pode prejudicar os credores atuais da sociedade; uma diminuição, porém, do patrimônio social sem redução do capital, prejudica quer os credores da sociedade, quer aqueles que venham a ser credores dela, quer os futuros compradores das ações” (*Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. nota 33, p. 347).

32 A proibição de restituição das entradas (ou aportes) é decorrência direta do princípio da intangibilidade do capital social. É o que explica, sempre com propriedade, Paulo de Tarso Domingues: “O princípio da intangibilidade, tal como o definimos, implica que os valores, à sociedade conferidos pelos sócios, não podem mais retornar ao patrimônio destes. Trata-se de um fundo patrimonial posto em comum e que não pode ser desafetado dos fins e funções para que foi constituído, salvo em caso de liquidação da sociedade ou de redução do capital social. Essa regra está claramente expressa no direito alemão no § 57º, I, da AktG, que dispõe: As entradas não podem ser distribuídas aos acionistas [...] Ora, se é a soma das entradas que, em princípio, determina inicialmente a cifra do capital social, aquela norma, ao permitir a distribuição de quaisquer bens – dinheiro ou outros – aos sócios apenas quando o patrimônio líquido supere o capital social [...] está desse modo a impedir a restituição das entradas efetuadas. A cifra do capital social funciona, pois, como linha d’água (ou círculo imaginário ou invisível, a que se referia Thaller que, sem identificação de bens concretos, retém no ativo bens

Diga-se, aliás, que nada do que se está a aqui explicitar constitui novidade, ao menos em direito comparado.

De que, de maneira geral, garantias de cotação violam o princípio da vinculação patrimonial e são por isso mesmo inválidas, é questão resolvida no direito alemão há mais de século, desde quando sobre o tema se debruçou o Tribunal do Reich em célebres decisões do início da primeira década do Século XX (RGZ 72/30 e 87/339).

Entre os doutrinadores alemães, aqui invocados às farras por serem os que mais se aprofundaram no estudo do tema, o entendimento é uníssono:

“Als Einlagerückgewähr wird ferner angesehen eine Kursgarantie’ der Gesellschaft zugunsten eines Aktionärs (BFH WM 1995, 537)” ³³ (Harm Peter Westermann).	“Como restituição da aporte é vista, além disso, a ‘garantia de cotação’ da sociedade em favor de um acionista (BFH WM 1995, 537)” ³³ (Harm Peter Westermann).
---	---

“gg) Kursgarantie; Wiederkaufspflicht. Nach hL kann die AG einem Aktionär nicht zusagen, ihm bei negativer Kursentwicklung der Aktie Kursdifferenzen zu erstatten (Kurs-garantie). Eine derartige Vereinbarung verstieße sowohl gegen Abs 1 Satz 1 als auch gegen § 71a” ³⁴ (Gerald Spindler e Eberhard Stilz).	“gg) Garantia de cotação, obrigação de recompra. Segundo a doutrina dominante a companhia não pode prometer a um acionista a restituição de diferenças de cotação no caso de uma evolução negativa da ação (garantia de cotação). Um ajuste desses infringiria tanto a al. 1 item 1 (do 57) como o § 71a” ³⁴ (Gerald Spindler e Eberhard Stilz).
--	---

cujo valor corresponde à soma das entradas, impedindo, desse modo, a sua devolução aos sócios)” (*Do capital social: noção, princípios e funções*, op. cit., n. 6.1, p. 105-107). No direito acionário brasileiro, a regra correspondente encontra-se no art. 201 da LSA.

33 WESTERMANN, Harm Peter, Op. cit., § 57, nº 21, p. 452. No direito brasileiro, a proibição de restituição de aportes resulta de vários dispositivos, com destaque para a regra do art. 201 da LSA.

34 SPINDLER, Gerald; e STILZ, Eberhard, Op. cit., § 57, nº 44, p. 511.

<p>“bb) Kursgarantie, Wiederkaufspflicht. Die AG verstößt nach allgemeiner Auffassung gegen § 57 Abs. 1 Satz 1, wenn sie sich gegenüber einem Aktionär verpflichtet, ihm bei ungünstiger Kursentwicklung der Aktie die Kursdifferenz zu erstatten (vgl. BFH v. 17.10.1984 – I R 22/79, WM 1985, 537, 539; RG v. 14.10.1909 – Rep. VI 310/08, RGZ 72, 30, 32; Bayer in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 57 AktG Rz. 86; Cahn/Senger in Spinder/Stilz, § 57, AktG Rz. 42; Henze in GroßKomm. AktG, 4. Aufl., § 57 AktG Rz. 68; Lutter in KölnKomm. AktG, 2. Aufl., § 57 AktG Rz. 31; Westermann in Bürgers/Körper, § 57 AktG Rz. 18). Ebenso wenig darf sie ihm zusagen, auf Verlangen seine Aktien zu einem bestimmten (Mindest-)Kurs zurückzuerwerben”³⁵ (Holger Fleischer).</p>	<p>“bb) Garantia de cotação, obrigação de recompra. Conforme a opinião geral, a companhia infringe o § 57 alínea 1 item 1, quando ela se obriga perante um acionista a lhe restituir, no caso de uma evolução desfavorável da ação, a diferença de cotação (vide BFH v. 17.10.1984 – I R 22/79, WM 1985, 537, 539; RG v. 14.10.1909 – Rep. VI 310/08, RGZ 72, 30, 32; Bayer in MünchKomm. AktG, 3^a ed., § 57 AktG Rz. 86; Cahn/Senger in Spinder/Stilz, § 57, AktG Rz. 42; Henze in GroßKomm. AktG, 4. Aufl., § 57 AktG Rz. 68; Lutter in KölnKomm. AktG, 2. Aufl., § 57 AktG Rz. 31; Westermann in Bürgers/Körper, § 57 AktG Rz. 18). De modo igual não lhe é permitido prometer recomprar as suas ações, a pedido, por uma determinada cotação (mínima)”³⁵ (Holger Fleischer).</p>
---	--

<p>“cc) Kursgarantie, Wiederkaufspflicht: Ebenfalls nach § 57 I 1 verboten ist Verpflichtung der AG, Aktionär bei negativer Kursentwicklung Kursdifferenz zu erstatten. Das Gleiche gilt für wirtschaftlich ähnlich gelagertes Versprechen, Aktien zu bestimmten Preis zurückzuerwerben (zu beiden Fällen MüKoAktG/Bayer, Rn. 86; Spindler/Stilz/Fleischer Rn. 22)”³⁶ (Uwe Hüffer e Jens Koch).</p>	<p>“cc) Garantia de cotação, obrigação de recompra: Igualmente é proibido conforme § 57 I 1 a comprometer-se a companhia a reembolsar ao acionista a diferença de cotação no caso de sua evolução negativa. O mesmo vale para a promessa de efeito econômico análogo à recompra de ações por preço determinado (em ambos os casos MüKoAktG/Bayer, Rn. 86; Spindler/Stilz/Fleischer Rn. 22)”³⁶ (Uwe Hüffer e Jens Koch).</p>
--	--

35 HOLGER, Fleischer, op. cit., § 57, nº 22, p. 779.

36 HÜFFER, Uwe; e KOCH, Jens. *Aktiengesetz*. 11. ed. München: C. H. Beck, 2014, § 57, n. 14, p. 321. Cf. no mesmo sentido, ainda: GRIGOLEIT, Hans Christoph; e RACHLITZ, Richard. *Aktiengesetz*, München: C. H. Beck, 2013, § 57, n. 10, p. 355; RICKERS, Oliver, op. cit., § 16, n. 65, p. 242-243; RAISER, Thomas; VEIL, Rüdiger, Loc. cit., § 19, n. 1, p. 302; BAYER, Walter, loc. cit., § 57, n. 79, p. 121 – todos assentando a ilegalidade da garantia de curso, câmbio ou cotação de ações, por ofensa ao princípio da vinculação patrimonial.

As violações legais ínsitas nas garantias de cotação das ações são múltiplas, pois dizem respeito, antes de tudo, ao regime jurídico da vinculação patrimonial, podendo-se aqui destacar, *exemplificatio-nis causa*, o maltrato: (i) ao art. 154, §§ 2º e 4º, da Lei das S/A, por-quanto a graciosa atribuição da garantia de cotação de ações e os pagamentos ao seu abrigo realizados qualificam-se como *ato de libe-ralidade* (auto despojamento, sem contraprestação) vedado por lei;³⁷ (ii) ao art. 30 da Lei das S/A que, de regra, proíbe a companhia de negociar com as próprias ações;³⁸ (iii) ao art. 201 da Lei das S/A, que consagra a *proibição de restituição das entradas*; e, ainda, (iv) aos arts. 132, II, 204 e 210, IV, 2ª parte, da Lei das S/A, segundo os quais o patrimônio social só pode *refluir aos sócios*, direta ou indiretamente, *ou* ao fim do processo de liquidação, obedecidas as preferências legais e a partilha universal do produto entre todos os sócios, sempre depois de pagos os credores, *ou*, durante a vida da companhia, por efeito da regular apuração e distribuição de lucros em balanço ou, já aí em caráter excepcional, por efeito de operações especificamente reguladas em lei, uma e outras situações inócenas na espécie.

Sob outro enfoque, pode-se também afirmar que a garantia de cotação de ações malfez diversos artigos da Instrução CVM nº 390,

37 Como já se decidiu, “por ato de liberalidade, compreende-se o auto-despojamento de bem ou direito, de que não resulte qualquer proveito para quem o pratica” (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Colegiado. PAS nº RJ 09/97. Relator: Diretor Wladimir Castelo Branco Castro. Data de Julgamento: 13 dez. 2006). Na mesma linha, Modesto Carvalhosa observa que “haverá liberalidade direta quando parcela do patrimônio é doada ou emprestada (comodato) a terceiros, ou quando onerada a favor de outra pessoa física ou jurídica, sem contrapartida equitativa para a companhia” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 339).

38 Diferentemente das leis estrangeiras, que se referem à genérica proibição de a companhia “adquirir” as próprias ações (AktG, §71; OR, art. 659; CC it, art. 2357), a nossa lei acionária, em linha com a anterior (DL. nº 2.627/1940, art. 15), alude, de forma mais ampla, à proibição de a companhia “negociar com as próprias ações” (LSA, art. 30), o que leva a entender-se que nela se compreenderiam inclusive outros negócios além dos de aquisição e alienação direta; seja como for, “a proibição legal implementa o princípio da intangibilidade do capital social” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., vol. I, § 140, p. 547).

de 8 de julho de 2003, e nesta medida é também nula (LSA, art. 30, § 1º, “b”; e Inst. CVM nº 10, de 14 de fevereiro de 1980, art. 24).³⁹

Isto porque, do ponto de vista funcional, a garantia de cotação exerce o papel de autêntica “put option” (opção de venda) com liquidação por diferença: o beneficiário vende as ações em mercado e cobra a diferença da companhia – sendo que o efeito econômico daí resultante é o mesmo, pouco importando se há entrega física ou liquidação por diferença; há, em qualquer caso, uma negociação da companhia com as próprias ações (LSA, art. 30).

Ocorre que, para que a companhia pudesse negociar com opções referenciadas em ações de sua emissão, seria imprescindível, de partida, a prévia aprovação da Comissão de Valores Mobiliários (Inst. CVM nº 390, art. 3º, § 1º), e, para além disso, a observância de diversos outros pressupostos – como, por exemplo, a existência de reservas e ações em tesouraria (art. 3º, I e V), a vedação à emissão privada (art. 3º, II) e o prazo de vencimento não superior a 365 dias (art. 3º, III) – e que, nesta medida, também inquinam aquela estipulação.

É dizer, assentado que a cláusula de garantia de cotação é estruturada para exercer a função de opção de venda, lastreada em ações da companhias e com liquidação por diferença, caracterizado está o negócio indireto ilícito, a atrair a incidência das regras cogentes cuja incidência se procurou eludir e a partir das quais, destarte, também se extrai a invalidade da cláusula em análise.⁴⁰

39 Vide: LSA, art. 30, § 1º, “b”; e Inst. CVM nº 10, de 14 de fevereiro de 1980, art. 24 (“A desobediência às normas desta Instrução no que se refere às exigências para aquisição das próprias ações importará em nulidade da operação, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores e acionistas”), cujas regras são aplicáveis à espécie por força do disposto no art. 9º da já citada Inst. CVM nº 390, de 8 de julho de 2003.

40 A cláusula de garantia de preço foi convencionada para exercer a função típica realizada através de outro negócio jurídico (a opção de compra com ações da companhia), e é precisamente nisso que reside a caracterização do negócio como indireto, segundo a sempre lembrada lição de Tullio Ascarelli: “As partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio adotado, mas um

Em qualquer caso, a consequência da violação destas regras cogentes – cogentes, repita-se, porquanto inspiradas pelo propósito de tutelar as posições dos credores sociais, dos demais acionistas e da companhia – é a *invalidade absoluta* (nulidade) e, pois, insanável, a inquirar a garantia de cotação de ações (CC, art. 166, II e VI) e, conseqüentemente e em respeito ao princípio da retroatividade real (CC, art. 182, 1ª parte), a condenação dos aquinhoados à *restituição dos valores* indevidamente percebidos, uma e outra providências passíveis de serem pleiteadas pela companhia.⁴¹

escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio jurídico ou sem forma típica própria no sistema jurídico. Há, pois, negócio indireto, quando as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado, para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas” (ASCARELLI, Tullio, op. cit., p. 103). Nem todo negócio indireto, por certo, é ilícito. No caso, todavia, o que se tem é a utilização do mecanismo da garantia de cotação para *contornar*, para *obviar*, para *eludir a incidência das regras cogentes e proibitivas do regime de negociação com as próprias ações* (e opções de ações de emissão da Companhia), repousando nessa particularidade então a qualificação do negócio indireto como *ilícito* e, pois, nulo, de acordo também aqui com as lições do emérito comercialista italiano: “A ilegitimidade não recai, nesta hipótese, sobre a causa típica do negócio adotado pelas partes; recai sobre o objetivo último por estes concretamente visado [...] Há, com efeito, normas jurídicas que não se limitam a disciplinar um determinado ato, mas têm em conta o resultado prático visado pelas partes, quaisquer que sejam os meios por ela escolhidos para consegui-lo – e por isso deve-se na aplicação de tais normas, considerar o fim visado pelas partes e não apenas a causa típica do negócio” (Ibidem, p. 121-122).

41 A Companhia, lesada em seu patrimônio, tem legítimo interesse em impugnar a validade do negócio jurídico nulo (CC, art. 168; e CPC, art. 17) e, ao fazê-lo, evidentemente não incorre em *venire contra factum proprium*. A regra de proibição de exercício contraditório de posição jurídica, como se sabe, não proscreve qualquer mudança de opinião ou posicionamento (Cf.: JAUERNIG/MANSEL. *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*. 15. ed. München: 2014. § 242, nº 50, p. 210; PALANDT et al. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 63. ed. München: C. H. Beck, 2004, § 242, n. 55, p. 250; e BGH, NJW 97, 3377); o que por ela se busca é, apenas, tutelar as legítimas expectativas consolidadas no tráfego negocial. Não tem incidência no caso concreto, porque: (1º) a incorporação de ações não se qualifica tecnicamente como *factum proprium* – que “é, por definição, uma *conduta não-vinculante*” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e ‘venire contra factum proprium’*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 134) de uma das partes diante da outra – precisamente porque a incorporação em si é (*i*) negócio jurídico *vinculante* celebrado entre duas sociedades e, portanto, (*ii*) imputável a ambas as partes (*factum commune*), e não apenas a uma delas. Ademais, (2º) pudesse absurdamente o *factum proprium* ser o negócio jurídico em si, e não a conduta fática (ou comportamento) de uma das partes frente a outra, inviabilizada doravante restaria,

Em conclusão: garantia de cotação mínima de ações, estipulada no contexto da relação de substituição ajustada no acordo de incorporação de ações, é ilegal e absolutamente inválida. Fosse a garantia prestada pelos acionistas controladores da incorporadora, até poderia ser considerada válida, pois estes estariam assumindo o risco e o seu custo; o que não se pode, porém, como feito, é imputá-los à companhia e, desta forma, também aos minoritários da incorporadora, com prejuízos evidentes também aos credores sociais.

em termos práticos, toda e qualquer alegação de invalidade, eis que, para arguir o vício de um contrato, é preciso que, por definição e tautologicamente, as partes antes o tenham celebrado. Além disso, (3º) a aprovação da operação de incorporação de ações, de lado a lado, decorre de deliberações (que, pelo metro do método assemblear, são juridicamente atribuídas em seus efeitos às sociedades), mas concretamente a conduta, no plano fático, antes de tudo continua a ser dos sócios de então. De mais a mais, (4º) no caso, o que se argui é a invalidade absoluta da cláusula de garantia de cotação por ofensa a regras tutelares do regime de vinculação patrimonial e, pois, do capital social, de tal sorte que, estando assim em causa não só interesses particulares dos partícipes do negócio jurídico, mas também os interesses dos demais acionistas (atuais e futuros), da companhia e dos credores sociais, a tutela destes teria sempre que prevalecer sobre a daqueles, conclusão essa a que se chega a partir de uma adequada *ponderação dos interesses* em contraste. Até porque (5º) de outro modo, estar-se-ia, em realidade, prestigiando os interesses dos acionistas de então (da incorporada e da incorporadora), os quais estariam se beneficiando do negócio inválido que engendraram, e, por aí, então sim, ofendendo uma bem conhecida manifestação da boa-fé objetiva. Sobre a inaplicabilidade da exceção a casos como o presente, vide, por todos, o excelente estudo de Jan Peter Schmidt (*Alegação de invalidade como comportamento contraditório proibido? Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, p. 419-437).

CONSIDERAÇÕES SOBRE PANDEMIA E ACESSO A TECNOLOGIAS ESTRATÉGICAS¹

COMMENTS ON PANDEMIC AND ACCESS TO STRATEGIC TECHNOLOGIES

Jacques Labrunie
Guilherme Della Guardia Pires

Resumo: O artigo narra a evolução normativa nacional e internacional sobre licenças obrigatórias de patentes, interpreta o regime do ordenamento jurídico brasileiro para utilização da referida flexibilidade e busca definir de que forma o Brasil se relaciona com o instituto de relativização da exclusividade das patentes, bem como compreender o grau de evolução tecnológica brasileira. Por fim, pretende-se analisar os projetos de lei PL nº 1.184/20, PL nº 1.320/20 e PL nº 1.462/20 sobre licenças compulsórias de patentes propostos em decorrência dos receios consequentes do acesso a tecnologias estratégicas para o combate da pandemia da COVID-19 (causada pelo SARS-CoV-2). Considera-se em que pontos os projetos mencionados de fato inovam o regulamento já posto e se tais inovações realmente propiciam o acesso a tecnologias estratégicas. Conclui-se que, em grande parte, em sua redação atual, os projetos não são inovadores e, nas parcelas em que de fato alteram a legislação vigente, podem ocasionar efeito reverso ao que pretendem.

Palavras-chave: Licença compulsória; Patentes; Pandemia; COVID-19; Projetos de lei.

Abstract: This paper details Brazilian and international regulatory developments regarding patent compulsory licensing, construes Brazilian law concerning TRIPS flexibilities implementation and out-

¹ Artigo recebido em 23.09.2020 e aceito em 13.12.2020.

lines by which means Brazil relates with the relativization of patent exclusivity, as well as shapes the country's degree of technological innovation. Finally, this essay intends to analyze three (3) draft bills presented to Brazilian Congress (PL nº 1.184/20, PL nº 1.320/20 and PL nº 1.462/20) regarding patent compulsory licensing presented due to concerns with the access to strategic technologies to fight against COVID-19 pandemic (caused by SARS-CoV-2). Finally, the analysis aims at considering in which topics the bills really change significantly Brazilian regulation concerning patent compulsory licensing and whether these changes actually grant access to strategic technologies or not. In conclusion, this paper states that the draft bills, in its original wording, are not groundbreaking and, at the items they really modify the current regulation, it is possible that they may result in a reverse effect considering their intentions.

Keywords: Compulsory licensing. Patents. Pandemic. COVID-19. Draft bills.

Sumário: 1. Contextualização Histórica e Evolução Normativa. 2. Brasil e o Instituto da Licença Compulsória desde a Lei de Propriedade Industrial de 1996. 3. Os Projetos de Lei sobre Licenciamento Compulsório em Trâmite no Congresso Nacional. 4. Considerações Finais.

1. Contextualização e evolução normativa.

As discussões relativas ao instrumento das licenças compulsórias de patentes serão sempre objeto de bastante estigma no campo das relações comerciais, tanto entre os Estados, quanto entre Estados e particulares.

As patentes são uma espécie de “troca” que o inventor faz com o Estado. Como contrapartida pela revelação ao público de determinada invenção, o Estado concede ao titular um direito de exclu-

sividade de exploração delimitado pelo tempo. Em teoria, tal prazo deve ser suficiente não apenas para que seja dada ao inventor uma justa recompensa pela revelação da invenção à sociedade, mas também para que seja incentivado a inovar mais, garantindo o desenvolvimento tecnológico social. Assim, tem-se que a justificativa clássica para que sejam concedidos direitos de exclusividade às invenções está no seu compartilhamento com sociedade, normalmente reduzida à expressão “*tradeoff* da propriedade intelectual”.

A exploração exclusiva e o direito de propriedade sobre as invenções patenteadas estão previstos na Constituição Federal² e na Lei de Propriedade Industrial³. O titular será o único a poder explorar a referida invenção, além de poder opor seu título a terceiros, de forma a impedi-los de usar seu invento.

O titular da invenção patenteadada poderá também autorizar sua exploração por terceiros, o que se chama de licença de exploração de patentes⁴. Tais licenças são objeto de contrato entre as partes, respeitando-se a livre iniciativa e a autonomia privada.

Há, porém, casos em que a conduta do titular da patente, na exploração ou não da invenção, pode gerar consequências danosas ao mercado. Há outros casos em que, independente do proceder do titular do direito, surge uma situação de excepcionalidade, como nas pandemias ou guerras, por exemplo. Contra abusos de direito do ti-

2 BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial da União*. Brasília, 5/10/1988, p. 1 (“Constituição”), “art. 5º, XXIX. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

3 BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15/05/1996 (“LPI”), “art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteadado”.

4 LPI, “art. 61. O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração”.

tular da patente ou situações excepcionais, institui-se a licença compulsória de patentes.

As licenças compulsórias de patentes têm o condão de corrigir o exercício abusivo do referido direito de exclusividade e garantir a consecução de interesses públicos, homenageando a justificativa clássica de proteção mencionada acima.

Vulgarmente [e erroneamente] as licenças compulsórias são antigas conhecidas da mídia e do vernáculo como “quebra de patentes”. Contudo, o termo revela-se impreciso à medida que o referido instrumento jurídico não significa a supressão do direito do titular, haja vista que, como em qualquer relativização de direito de propriedade, o titular de patente deve ser devidamente indenizado, pelo uso do seu bem imaterial.

As licenças compulsórias não são novidade da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96 – “LPI”), nem do Acordo TRIPS⁵ (*Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*). Com efeito, já a primeira redação da Convenção da União de Paris (CUP)⁶, em 1883, previa a relativização dos direitos de exclusividade sobre os inventos, contudo, como diferente instituto.

Seguindo a mesma lógica da função social da propriedade material⁷, a primeira redação da CUP previu que o titular da patente

5 O Acordo TRIPS (*Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*), assinado em 1994, inclui as discussões sobre proteção de propriedade intelectual no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), estabelecendo padrões mínimos de proteção de bens imateriais que devem ser seguidos por todos os países-Membros, sob pena de sanções de ordem comercial.

6 O final do século XIX caracteriza-se como momento de internacionalização da proteção dos direitos de propriedade intelectual, marcada pela Convenção de Paris para Proteção de Propriedade Industrial de 1883 e pela Convenção de Berna para Proteção de Obras Literárias e Artísticas de 1886. Tais convenções tinham como objetivo o estabelecimento de princípios e a harmonização dos direitos de propriedade intelectual entre os países signatários. Com o decorrer do tempo, ambas as convenções passaram por alterações e angariaram maior número de países signatários.

(“privilegiado”⁸) ficaria *sujeito à obrigação* de usar seu privilégio, em conformidade com as leis de cada país⁹.

Percebe-se, então, que as primeiras medidas sobre a relativização dos direitos à exclusividade de exploração das patentes vêm na forma do instituto da *caducidade* do direito, consubstanciada na ausência de uso da tecnologia protegida.

Mais adiante, a Revisão de Haia à CUP, em 1925, por sua vez, inova na perspectiva da relativização dos direitos em 3 (três) aspectos:

- a) concedeu-se faculdade legislativa aos países para que adotassem as medidas necessárias para coibir abusos de direito exclusivo decorrente de título de patente (artigo 5º, § 2º), inclusive licenças obrigatórias;
- b) caso as licenças obrigatórias não fossem suficientes para coibir os referidos abusos, seria possível prever a caducidade do direito do titular (artigo 5º, § 3º); e
- c) a adoção das referidas medidas não poderia ocorrer antes de 3 (três) anos contados da concessão da patente, ou se o concessionário apresentasse justificativa plausível para tal conduta (artigo 5º, § 4º).

7 Constituição, “art. 5º, XXIII. A propriedade atenderá a sua função social”.

8 A proteção das invenções foi instituída ainda na Idade Média, situações nas quais os monarcas concediam aos seus súditos “privilégios” de exclusividade de exploração dos seus inventos durante um determinado período de tempo. Hoje, o termo “privilégio” não mais é utilizado, mas é encontrado em manifestações mais antigas. (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6, p. 438).

9 BRASIL. Decreto nº 9.233 de 28 de junho de 1884. Promulga a convenção assinada em Paris em 20 de Março de 1883, pela qual o Brasil e outros Estados se constituem em União para a proteção da propriedade industrial. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, 1884. v. 1, pt. II, p. 268. Art. 5º, § 2º.

Note-se que, naquela ocasião, o abuso de direito era normalmente relacionado à ausência de exploração efetiva da invenção patenteada.

Por último, dentre as revisões ao CUP, a Revisão de Estocolmo, em 1967, refina o instrumento da licença obrigatória:

- a) concedeu faculdade legislativa aos países para que adotassem as medidas necessárias prevendo a concessão de licenças obrigatórias, para coibir abusos de direito exclusivo decorrente de patente (artigo 5º, § 2º);
- b) previa que o instrumento da caducidade somente pode ser usado na inefetividade das licenças obrigatórias (artigo 5º, § 3º);
- c) a licença obrigatória não poderia ser requerida com fundamento de falta ou insuficiência de exploração antes de: (i) 4 (quatro) anos do depósito da patente ou (ii) 3 (três) anos da sua concessão, de forma que a licença deve ser recusada se o titular da patente justificar a inação por razões legítimas (artigo 5º, § 4º); e
- d) a licença obrigatória foi definida como não-exclusiva (artigo 5º, § 4º).

No cenário brasileiro, o artigo 33 e seguintes, do Código de Propriedade Industrial brasileiro, de 1971, revogado, previam o rito das “Licenças Obrigatórias para Exploração de Privilégio”:

- a) a licença obrigatória deveria ser requerida por aquele que queria explorar um “privilégio” protegido por terceiros;
- b) foi incluído o interesse público como hipótese de licenciamento de patentes, no caso de desuso do privilégio ou no caso de não atendimento da demanda do mercado;

- c) a licença obrigatória só poderia ser concedida após 3 (três) anos da concessão da patente ou caso o “privilégio” estivesse sendo inutilizado em prazo superior a 1 (um) ano; e
- d) o pedido de licenciamento obrigatório abria espaço para o devido contraditório, entre o solicitante e o titular da patente, que incluía comissão de técnicos, emissão de pareceres e determinação de indenização (*royalties*), pela utilização do privilégio.

Ocorre que, antes do advento do TRIPS, o instituto do licenciamento alheio à vontade do titular recebia pouca atenção legislativa e acadêmica, uma vez que não havia grande interesse na expedição de ordens de licenciamento.

Para que se explique os motivos, destacam-se 2 (dois) dos princípios do TRIPS: (i) o princípio do “*single-undertaking*” – que obriga todos os países Membros a incorporarem o TRIPS como um todo no âmbito nacional, não sendo permitidas retificações ou reservas; e (ii) o estabelecimento de padrões mínimos relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual.

O Artigo 27 do TRIPS estabelece, por sua vez, que qualquer invenção, produto ou processo, de todos os setores tecnológicos, inclusive o de fármacos e produtos médicos, constitui matéria patenteável.

Nessa lógica, considerando que a maioria dos países, como o Brasil, têm a obrigação constitucional de zelar (*leia-se prover*) pela saúde de seus jurisdicionados, o reconhecimento dos novos tipos de patentes engrandecem ainda mais o interesse das indústrias [que agora poderiam ser titulares de tal título protetivo] nos mercados desses países. Isto é, a detenção de uma exclusividade de exploração econômica combinada à obrigação do Poder Público de fornecer tratamento enquadraria fonte de lucro certo aos inventores de tecnologias úteis.

Por outro lado, contudo, surge uma preocupação aos países em desenvolvimento, que passariam a reconhecer novos tipos de patentes: caso seja mal utilizada, a exclusividade pode onerar de forma excessiva os cofres públicos, haja vista que tal direito permitiria ao titular da patente ditar os preços que deseja praticar no mercado.

Assim, tais questões foram levadas, pela maioria dos países em desenvolvimento, a âmbito das discussões relativas ao TRIPS, de forma que o texto do Acordo permite certas flexibilidades, tanto no tocante ao tempo de adequação aos seus padrões, quanto no que concerne às exceções ao direito de exclusivo em alguns casos.

Sendo assim, o Acordo TRIPS permite, em seu Artigo 31, o uso sem autorização do titular da patente quando houver (i) prévio esforço de negociação com o titular para uso da sua invenção por termos comerciais e prazo razoáveis sem sucesso; ou (ii) emergência nacional ou circunstância de extrema urgência ou uso público não-comercial. Além disso, o dispositivo do Acordo estabelece condições para que tal uso não autorizado ocorra, como o pagamento obrigatório de *royalties* ao titular cuja patente tenha sido licenciada.

Nota-se que a prévia negociação com o titular da patente já não é condição *sine qua non* para emissão da ordem de uso sem autorização do titular, de forma que as duas condições são colocadas de forma *alternativa* e não *cumulativa*.

Ao adaptar a legislação brasileira sobre propriedade industrial aos mandos do TRIPS, foi editada a LPI (Lei nº 9.279/96), que incorporou a chamada “licença compulsória”. Dessa forma, as hipóteses de sujeição de patente ao licenciamento compulsório, previstas na LPI, são as seguintes:

- a) abuso de direito de patente e de poder econômico comprovado por decisão administrativa ou judicial (artigo 68, *caput*);

- b) não exploração do objeto da patente, por falta de fabricação ou fabricação incompleta, ou ainda falta de uso integral do objeto patenteado (artigo 68, § 1º, I);
- c) comercialização que não satisfaz as demandas do mercado (artigo 68, § 1º, II);
- d) cumulativamente (artigo 70): (a) situação de dependência de uma patente em relação a outra, (b) objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior, e (c) titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior; e
- e) casos de emergência nacional ou interesse público (artigo 71, *caput*).

Para o presente artigo, focaremos a análise na hipótese descrita pela letra “e” acima, qual seja o caso de emergência nacional ou interesse público, previstas pelo artigo 71 da LPI.

Um pouco adiante à publicação da LPI, foram editados 2 (dois) decretos, em 1999 e 2003, com objetivo de regular a matéria das Licenças Compulsórias nas hipóteses concernentes ao artigo 71 da LPI. Prevê-se que:

- a) poderá ser concedida, *de ofício*, licença compulsória de patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso somente para uso público não-comercial, desde que assim declarados pelo Poder Público, quando constatado que o titular da patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, não atende às necessidades do país (artigo 2º);

- b) o ato do Poder Executivo Federal que declarar a emergência nacional ou o interesse público será praticado pelo Ministro de Estado responsável pela matéria em causa e deverá ser publicado no Diário Oficial da União (artigo 3º);
- c) o ato de concessão da licença compulsória estabelecerá, dentre outras, as seguintes condições: (i) prazo de vigência e possibilidade de prorrogação; e (ii) remuneração do titular (artigo 5º);
- d) o ato de concessão da licença compulsória poderá também estabelecer a obrigação de o titular transmitir as informações necessárias e suficientes à efetiva reprodução do objeto protegido e os demais aspectos técnicos aplicáveis ao caso em espécie (§ 1º do artigo 5º);
- e) no caso de emergência nacional ou interesse público que caracterize extrema urgência, a licença compulsória poderá ser implementada e efetivado o uso da invenção patenteada, *independentemente* do atendimento prévio das condições de comprovação de impossibilidade do titular ou seu licenciado de atender a referida situação de emergência ou de definição prévia das condições de tempo e remuneração (artigos 7º e 8º);
- f) a exploração da patente licenciada poderá ser realizada diretamente pela União ou por terceiros devidamente contratados ou conveniados (artigo 9º);
- g) nos casos em que não seja possível o atendimento às situações de emergência nacional ou interesse público com o produto colocado no mercado interno, ou se mostre inviável a fabricação do objeto da patente por terceiro, ou pela

União, poderá esta última realizar a importação do produto objeto da patente (artigo 10); e

- h) a autoridade competente informará ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, para fins de anotação, as licenças emitidas (artigo 13).

O modelo brasileiro descrito acima é internacionalmente visto como bastante completo, porquanto dá ao Poder Público muitas ferramentas para utilizar de maneira bastante ampla o instituto da licença compulsória quando entender necessário.

Além disso, cumpre mencionar que, estando a patente em fase da análise administrativa [pelo INPI] de preenchimento de requisitos para concessão – isto é, ainda não consolidado o direito de propriedade enquanto *pedido de patente*, ao Poder Público também é permitido licenciar compulsoriamente a tecnologia a ser protegida.

Por último nesta seção, cumpre ressaltar que, de acordo com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o ato que decreta licença compulsória está sujeito a controle pelo Judiciário¹⁰, podendo o titular da patente licenciada submeter o ato à apreciação do juízo competente.

Assim, traçado o panorama legislativo do Brasil em relação a tais licenças, seguiremos a análise focada na forma como o país se utiliza de tal instrumento na prática.

2. Brasil e o instituto da licença compulsória desde a lei de propriedade industrial de 1996.

O livro *Líderes Improváveis*, de autoria de Bruno Salama e Da-

¹⁰ Constituição, “art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

niel Benoliel¹¹, propõe-se a verificar, em alguns países por eles classificados como não-inventores, como tais nações se comportam para garantir o acesso por baixos preços a medicamentos patenteados por laboratórios globais em seus territórios, uma vez que são compradores dos referidos produtos.

Para bem definir as formas de negociação entre os ditos países não-inventores e os laboratórios globais, a obra passa por alguns conceitos: (i) o “poder de barganha”, que consistiria na capacidade que cada uma das partes de uma negociação tem de influenciar os posicionamentos da outra, durante o curso negocial; e (ii) os *payoffs*, definidos como os resultados econômicos esperados por cada uma das partes em uma negociação. Nas conversas entre Estados e laboratórios, considerando que tais negociações por preço mais acessível têm como plano de fundo a ameaça da licença compulsória da patente que protege o medicamento em questão, o *payoff* se manifesta no sentido de ser benéfico ou não ao Estado o licenciamento obrigatório da tecnologia, no que diz respeito ao desgaste comercial interno e externo e à capacidade de produzir tal medicamento por outros meios (e de forma barata).

Aqui, a obra traz mais 2 (dois) conceitos: (i) a “opção de fora”, que corresponde exatamente ao resultado econômico esperado pelo Estado ao (a) julgar que a negociação com o laboratório não encontrará ponto comum e (b) decidir emitir uma licença compulsória; e (ii) a “opção de dentro”, que diz respeito à possibilidade, dentro do ordenamento jurídico daquele Estado, de estabelecer meios de produção de determinado medicamento independentemente da vontade do laboratório titular, no caso do presente artigo, emitindo uma licença compulsória.

11 SALAMA, Bruno Meyerhof; BENOLIEL, Daniel. *Líderes improváveis: a batalha dos países em desenvolvimento pelo acesso a medicamentos patenteados*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

Segundo a análise em referência, o “poder de barganha” dos Estados è diretamente proporcional ao *payoff* que tal Estado consegue demonstrar no encerramento das negociações e emissão de licença compulsória – isto è, na efetividade da *ameaça* de licenciar uma patente compulsoriamente.

Assim, percebe-se, a partir dessa análise, que, ao lado de uma legislação nacional que prevê a utilização das flexibilidades do TRIPS para garantir acesso a medicamentos, è essencial fomentar uma indústria farmacêutica interna que seja capaz de produzir medicamentos de qualidade e competitivos, de forma a aumentar o “poder de barganha” dos países em desenvolvimento frente aos titulares das patentes envolvidas.

Na análise executada, o Brasil è considerado um país de alto poder de barganha, uma vez que tem opções de fora e de dentro bastante fortes: (i) a opção de fora porque o Brasil, *na opinião dos autores*, teria uma indústria nacional, privada e pública, apta a produzir medicamentos; e (ii) a opção de dentro tendo em vista que a legislação brasileira è bastante ampla no que diz respeito às possibilidades de emissão de licenças compulsórias.

Tal afirmação se confirma no próprio histórico brasileiro na negociação sobre preços de medicamentos, principalmente no que diz respeito aos antirretrovirais (ARV) utilizados nos coquetéis consumidos por pacientes com HIV/AIDS.

Logo na primeira metade dos anos 2000, foram ameaçadas emissões de licenças compulsórias para os ARV, mais bem detalhadas por Regina Lago e Nilson Costa¹². Diante dos compromissos dos labo-

12 LAGO, Regina Ferro do; COSTA, Nilson do Rosário. *Dilemas da política de distribuição de medicamentos antirretrovirais no Brasil*. Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, nov. 2010, p. 3529-3540. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000900028&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000900028>.

ratórios inventores em reduzir o valor dos medicamentos em torno de 40% (quarenta por cento), o Poder Público optou por não emitir tais licenças.

Em 2005, indo mais longe, o Presidente da República à época chegou a decretar interesse público de outro ARV. Contudo, diante das negociações, o então Ministro da Saúde entendeu que os preços haviam abaixado satisfatoriamente, dando um passo para trás no licenciamento do medicamento mencionado.

Em 2007, o Brasil decidiu pela emissão da sua primeira (e única) licença compulsória sob a égide da LPI, decretando licenciamento das patentes relativas ao medicamento *Efavirenz*, da farmacêutica *Merck Sharp & Dohme*, por meio do Decreto nº 6.108/07.

Nos primeiros meses após o licenciamento, o medicamento foi importado da Índia. A partir de 2009, a Fiocruz/Farmanguinhos (laboratório público brasileiro) passou a produzir o medicamento por 45% (quarenta e cinco por cento) do preço que era cobrado pela titular, antes da licença compulsória¹³. Adiante, em 2012, o licenciamento foi renovado por mais 5 (cinco) anos, até a expiração da referida patente¹⁴.

Contudo, muito embora a emissão de uma licença compulsória dê ao país uma sensação de independência em relação aos titulares de patentes, a própria trajetória brasileira mostra que a licença compulsória não necessariamente é a única saída para garantir tecnologias de saúde essenciais a preços acessíveis.

13 CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata. Health, Intellectual Property and Innovation Policy: A Case Study of Brazil. In: CORREA Carlos M. *Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing*. Genebra: South Centre, 2013, p. 1-32.

14 BRASIL. Decreto nº 7.723 de 4 de maio de 2012. Prorroga o prazo de licenciamento compulsório, por interesse público, das patentes referentes ao Efavirenz para fins de uso público não comercial, de que trata o Decreto nº 6.108 de 4 de maio de 2007. *Diário Oficial da União*. Brasília, 7/05/2012. Ressalta-se que ambos os decretos foram revogados pelo Decreto nº 9.917/19, ainda que tenham deixado de produzir efeitos práticos em 2017.

Na lógica demonstrada, a licença compulsória funciona mais enquanto instrumento de barganha, agindo a favor da regulação de preços das tecnologias patenteadas. Nota-se, nos casos relatados acima, que o percentual de redução de preço do medicamento obtido nas negociações com laboratórios inventores é semelhante ao percentual de redução obtido com o licenciamento compulsório.

Além da própria questão econômica e de funcionalidade da licença compulsória, é importante ter em mente que, caso algum país signatário do TRIPS não cumpra com as disposições do Acordo, tal país está sujeito à resolução de disputas Órgão de Soluções de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Nesse sentido, a OMC não detém poder de polícia para aplicar diretamente sanções a países que entende estarem descumprindo as determinações do TRIPS e suas demais diretivas. A estrutura sancionatória opera de maneira que o país Membro que se sentir prejudicado por desrespeito de outro está legitimado para promover uma retaliação contra o último, descumprindo as regras de comércio internacional estabelecidas pela própria OMC¹⁵.

Nesse campo, ressalta-se que não é inédito ao Brasil o pedido de abertura de painel perante da OSC por algum país Membro a fim de averiguar questões relativas a licenças compulsórias.

Em 2001, pouco após a aprovação do primeiro decreto regulamentador das licenças compulsórias em caso de interesse público

15 Um dos casos mais conhecidos e exemplificativos nesse sentido é a controvérsia entre Equador e a União Europeia a respeito da importação de bananas em 2000. A disputa consistiu na acusação, pelo Equador, maior exportador de bananas do mundo à época, do descumprimento pela União Europeia de regras de comércio internacional da OMC, favorecendo alguns países na exportação da fruta. Dada razão ao Equador na disputa, o país sul-americano utilizou-se da retaliação cruzada, suspendendo os direitos autorais europeus relativos a gravações sonoras (OLSON, Elizabeth. *World Business Briefing: World Trade; Ecuador Wins Banana Ruling*. New York: The New York Times, 19 mai. 2000) (UNCTAD. *Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual*. Módulo Organização Mundial do Comércio. Elaborado por BOSSCHE, Peter Van Den. Traduzido por KRAMER, Cinthya, 2003. Disponível em: https://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add11_pt.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020).

(Decreto nº 3.201/99), os Estados Unidos discordaram da possibilidade de emissão de ofício de licença compulsória. No mesmo ano, no entanto, concordaram com a interpretação oferecida pelo representante brasileiro, de que o dispositivo estaria permitido pelo Acordo TRIPS¹⁶.

Muito embora a resolução do conflito narrado acima tenha sido favorável ao Brasil, é importante notar que os países Membros da OMC estiveram e seguem atentos em relação à adequação das leis nacionais em relação ao TRIPS¹⁷. Considerando que o assunto das licenças obrigatórias é extremamente delicado, é sempre necessário se atentar às disposições a seu respeito.

De mais a mais, cabe ressaltar também artigo científico escrito por Cori Hayden¹⁸, cuja tradução¹⁹ para o português recebeu o nome “*Sem patente não há genérico: acesso farmacêutico e políticas de cópia*”²⁰. No ensaio, a autora pretende, a partir de uma análise comparativa entre México e Argentina, desmistificar a ideia de que o acesso aos medicamentos está necessariamente ligado ao domínio público das tecnologias a eles relacionadas.

16 MENEGUIN, Fernando B. *A proteção da propriedade intelectual e o licenciamento compulsório no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2016, texto para discussão nº 198. Disponível em: «<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td198>». Acesso em: 10 jun. 2020.

17 Desde 1989, os Estados Unidos promovem *Reports* anuais sobre os níveis de proteção de propriedade intelectual ao redor do mundo (<https://www.keionline.org/ustr/special301>). No referido relatório, são classificados *Watch List* aqueles países aos quais se deve atenção, mas não especial, e *Priority Foreign Country* aqueles países cuja proteção aos direitos de propriedade intelectual é julgada totalmente inadequada pelo Escritório do Representante de Comércio dos Estados Unidos (*USTR*). Os países qualificados *Priority Watch List* são aqueles que compõem uma mediana entre os dois primeiros.

18 Professora Associada ao Departamento de Antropologia na *University of California at Berkeley*.

19 Traduzido do original em inglês por Euridice Corrêa e revisado por Hedy Hoffman.

20 HAYDEN, Cori. *Sem patente não há genérico: acesso farmacêutico e políticas de cópia*. Porto Alegre: Sociologias, 2008, n. 19, p. 62-91. Disponível em: «http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222008000100005&lng=en&nrm=iso». Acesso em: 10 jun. 2020.

Em sua análise, a autora pretende expor como a experiência da Argentina demonstra que o fato de estarem a maioria das tecnologias para produção de produtos farmacêuticos em domínio público não se traduz de maneira automática na possibilidade de acesso, pela população, aos medicamentos. A Argentina, país bastante resistente ao reconhecimento de patentes farmacêuticas²¹, raramente de fato concede patentes farmacêuticas pelo seu INPI²², de forma que são poucos os medicamentos que realmente se encontram em regime de exclusividade no país.

Somando-se à ausência de exclusividade sobre medicamentos, os laboratórios privados domésticos representam parte esmagadora da indústria de medicamentos argentina, de forma, inclusive, que os laboratórios estrangeiros que querem adentrar o mercado argentino costumam associar-se aos laboratórios locais²³.

Diante disso, a análise da autora vai no sentido de verificar se é possível dizer que a dicotomia *original vs. genérico* se reproduz no mercado argentino. Para fins da análise, considera-se *original* o medicamento que foi um dia objeto de proteção patentária e caiu em domínio público. Por isso, em que pese a compreensão de que nem sempre um medicamento referência foi necessariamente protegido por patente, leva-se em conta que todo medicamento *original* foi, um dia, patentado para interpretação do referido trabalho.

Feitas as considerações acima, a autora verifica que, ainda no cenário argentino de quase inexistência prática de patentes farmacêuticas, forma-se a dicotomia entre *original vs. genérico* (isto é, mais barato *vs.* mais caro), muito embora não exista medicamento patentado previamente. Nota-se: os laboratórios maiores, por serem líderes de mercado, investem em *marketing* para atingir a posição de *la*

21 SHADLEN, Kenneth. *Coalitions and Compliance: The Political Economy of Pharmaceutical Patents in Latin America*. Reino Unido: Oxford University Press, 2017, p. 141.

22 HAYDEN, Cori. Op. cit., p. 72.

23 SHADLEN, Kenneth. Op. cit., p. 148.

marca líder. Dessa forma, cria-se em volta do medicamento mais reconhecido a mesma “áurea de credibilidade” que se fabrica (nos casos tradicionais) no entorno do medicamento que fora objeto de patente. Por isso, a autora conclui que é construída pelo *marketing* uma posição que tradicionalmente seria construída pela patente²⁴.

Assim, a dicotomia mais barato *vs.* mais caro é configurada de acordo com o reconhecimento pelo consumidor. Por isso, embora os medicamentos concorrentes e mais baratos tenham papel de regular os preços (fazendo papel dos genéricos em um mercado tradicional), os valores dos medicamentos acabam sendo ditados pelas farmacêuticas líderes, bem como são com tais farmacêuticas firmadas as parcerias público-privadas para distribuição de medicamentos a preços acessíveis ou gratuitamente, uma vez que detêm poder de produção a uma escala nacional.

Reitera-se, a análise isola a possibilidade de existência de um medicamento *original* que nunca foi objeto de patente, bem como desconsidera a realidade de interação entre medicamentos de referência, similares e genéricos que se dá no Brasil. Contudo, passa a lição de que, mesmo onde a patente é suprimida, a simples delegação ao mercado para produção de determinado medicamento não garante seu preço acessível.

Dessa forma, demonstra-se que não necessariamente a ausência de proteção significa o acesso universal aos medicamentos, sendo que a noção de acesso depende de muitas outras variáveis, não podendo ser baseada tão somente e simplesmente nas políticas de patentes.

Com efeito, é necessário estabelecer que o licenciamento compulsório não é o último passo para que se tenha acesso às tecnologias essenciais. Após o licenciamento, é demandada uma postura *ativa* do Estado para organizar o mercado interno, a fim de que pro-

24 HAYDEN, Cori. Op. cit., p. 80.

duza as referidas tecnologias, de modo que são necessários mais alguns passos: como entender a tecnologia, testar sua efetividade e riscos e implementá-la em escala produtiva, entre outros movimentos os quais não são objeto do presente artigo.

Nesse sentido, importa mencionar recente reportagem publicada sob o título “*Por que Brasil ainda é tão dependente de importações na área farmacêutica?*”²⁵ entrevista personalidades do ramo de inovações²⁶, com objetivo de compreender os motivos pelos quais o Brasil não é autossuficiente na produção de medicamentos e tecnologias relacionadas.

Referida reportagem explica que há uma defasagem no cenário brasileiro em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), dificultando o estudo aplicado e a inovação industrial, que seriam capazes de conferir uma independência doméstica de produção tecnológica. Assim, o que ocorre com os medicamentos é o mesmo que ocorre com as demais tecnologias, de sorte que a indústria farmacêutica nacional é capaz de manipular medicamentos, mas não produzir seu princípio ativo, que é importado, salvo exceções. A respeito de tal ponto, Jorge Guimarães, presidente da Embrapii (Empresa Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial), pontua:

A maioria dos insumos químicos importados não é refinada, é coisa bem simples. O Brasil é o maior exportador de laranja e, mesmo assim, importa ácido cítrico. Bem como é o maior produtor de sacarose e importa glicose, que é metade da

25 AMBROSIO, Alana. *Por que Brasil ainda é tão dependente de importações na área farmacêutica?* UOL Notícias: VivaBem, 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/06/23/por-que-brasil-ainda-e-tao-dependente-de-importacoes-na-area-farmacautica.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

26 João Batista Calixto, diretor do CIEnP (Centro de Inovação e Ensaios Pré-Clínicos); Jorge Guimarães, presidente da Embrapii (Empresa Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial) e Reinaldo Guimarães, pesquisador do Núcleo de Bioética e Ética Aplicada da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro).

molécula. Tem coisas difíceis de explicar, responsáveis por gerar fragilidade. Esse efeito é responsável também pela deficiência no setor de medicamentos. A defasagem tecnológica ocorre continuamente com a importação dos quimioterápicos, ou seja, da grande parte dos princípios ativos e insumos que compõem os remédios, gerando enorme déficit na balança de pagamentos.

Sendo assim, compreende-se que o Brasil não é independente na produção de tecnologias inovativas, de maneira que a pandemia da COVID-19 traz à tona a dependência do país em relação a materiais básicos, como máscaras, luvas, respiradores e demais equipamentos de proteção. Por consequência, a ideia de que basta o licenciamento obrigatório para que uma população passe a ter acesso a tecnologias essenciais é bastante simplista, isso porque deixa de considerar que tais tecnologias devem ser de fato produzidas e nem sempre o remédio para que tais inventos sejam oferecidos a preços mais razoáveis é a abertura à concorrência.

Em outras palavras, utilizando-se dos conceitos já expostos, ocasionalmente o *payoff* da negociação não vale a pena para o Estado, tornando-se mais custoso, mais lento e eventualmente menos efetivo que seria caso o titular de patente diminuísse o preço pago pela tecnologia e vendesse ao Estado, sem contar o desgaste comercial e internacional que um licenciamento compulsório pode causar.

3. Os projetos de lei sobre licenciamento compulsório em trâmite no Congresso Nacional.

Em 2020, em face à pandemia da COVID-19, foram apresentados 3 (três) projetos de lei ao Congresso Nacional versando sobre a alteração do artigo 71 da Lei de Propriedade Industrial, que prevê as licenças compulsórias em caso de emergência nacional ou interesse público (inclusive saúde pública).

O PL nº 1.184/2020, apresentado pela Deputada Jandira Feghali, refere-se ao momento da pandemia atual. Em sua redação original, dispõe que poderá ser concedida licença compulsória de ofício a patente sobre tecnologia relacionada ao combate à COVID-19, temporariamente e não-exclusivamente, “*sem prejuízo dos direitos do respectivo titular*”.

Referido Projeto de Lei, porém, não inova em nenhum ponto o quanto já está disposto na legislação brasileira sobre licenças compulsórias, em vista ao exposto acima.

Dessa forma, o PL nº 1.184/2020 serviria apenas para reforçar as faculdades já dispostas ao Poder Público em matéria de licenciamento compulsório em caso de emergência de saúde pública.

Os projetos de lei PL nº 1.320/2020 e PL nº 1.462/2020, por sua vez, trazem uma abordagem mais ampla no que diz respeito às licenças compulsórias, uma vez que alteram a redação do artigo 71 da LPI, não apenas para o momento da pandemia da COVID-19, mas para quaisquer outras emergências de saúde nacionais ou internacionais que venham a ocorrer.

Entretanto, muito embora incluam diversos dispositivos na redação do artigo 71, não são muitos os pontos de inovação de fato na lei, considerando que se acredita que os projetos em comento não levaram em conta os textos dos decretos que regulamentam o procedimento de concessão de licença compulsória nos casos previstos no artigo 71 da LPI, já mencionados anteriormente.

Sendo assim, tem-se os pontos em que a lei é de fato alterada são:

a) *Licenciamento compulsório automático*

O § 2º, a ser inserido ao artigo 71 da LPI, traz que a declaração de emergência de saúde nacional ou internacional enseja *automaticamente* o licenciamento compulsório das patentes que protegem as tecnologias destinadas ao combate de tal emergência.

Contudo, conforme analisado na última seção, não necessariamente o licenciamento compulsório implica a redução de preços pagos para acesso às tecnologias, haja vista que é necessária uma articulação estatal, a fim de que tais tecnologias importantes ao enfrentamento da emergência mencionada efetivamente sejam produzidas e/ou importadas²⁷.

Além disso, no cenário do licenciamento compulsório automático, cai por terra todo poder de barganha do Estado em eventual negociação com os titulares das patentes relacionadas, a fim de que forneçam seu invento a preços mais acessíveis. Se a moeda de troca consiste justamente na possibilidade de decretação de licenciamento, a licença compulsória já decretada impede que o Estado consiga negociar por preços mais acessíveis e menos onerosos, nos diversos casos em que não poderá produzir internamente ou importar a tecnologia licenciada.

b) *Declaração de interesse na tecnologia protegida pela patente*

O inciso II do proposto § 2º, do artigo 71, da LPI, prevê que o INPI, de ofício ou a requerimento de terceiros, publica e anota, nos

27 Até 2005, o Brasil costumava importar insumos farmacêuticos dos laboratórios indianos, uma vez que as patentes farmacêuticas apenas passaram a ser efetivamente reconhecidas na Índia a partir desse ano. Assim, durante o período que o Brasil reconhecia tais patentes e a Índia não, o Estado brasileiro confiava na indústria farmacêutica indiana. Tal confiança se dava não só no aspecto de efetivamente importar produtos farmacêuticos não-patenteados, assim como diversos outros países em desenvolvimento, mas também acreditar na produção indiana caso emitisse alguma licença compulsória, já que sua produção interna não conseguiria suprir toda a demanda (SHADLEN, Kenneth. Op. cit. p. 206; NAVES, Juliano Couto. *A estratégia indiana de proteção patentária de produtos farmacêuticos como forma de incentivar o desenvolvimento de sua indústria local*. Brasília: Prisma: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. 2011, v. 8, p. 309-332). Ocorre que, hoje, inexistente um país membro da OMC que não esteja adequado ao TRIPS, de forma que todos reconhecem patentes farmacêuticas. Assim, seria necessário encontrar (i) outro país no qual a patente relativa à tecnologia a ser importada foi indeferida ou não depositada; ou (ii) outro país disposto a seguir com o procedimento de licenciamento cruzado para importação ao Brasil. O que torna a importação dificultada.

processos de pedido de patente ou de patente concedida, a declaração de interesse naquela tecnologia para combate da emergência de saúde pública.

Aqui, a redação torna dúbia a intenção dos projetos de lei.

Isso porque, hoje, o Ministro de Estado (no caso, Ministro da Saúde) é responsável por decretar emergência nacional ou interesse público e o Presidente da República, por sua vez, assina o decreto de licença compulsória, enquanto o INPI anota e publica determinada licença para conhecimento do titular.

Dessa forma, fica ambíguo na redação dos projetos de lei: (i) se seria transferida ao INPI a competência de “decretar”, na prática, as licenças compulsórias, e, conseqüentemente, de decidir se a tecnologia é estratégica ou não para o combate a tal emergência; ou (ii) se o INPI seguiria sendo simplesmente o órgão que anota e publica a emissão de licença compulsória.

No caso da interpretação (i), entende-se que, na prática, poderia ser facilitada a emissão de licença compulsória, uma vez que se trataria de um ato de menor *peso semântico* para o Poder Executivo: de um lado, o Poder Público decreta o licenciamento compulsório de uma tecnologia específica; de outro, o INPI simplesmente anota a tecnologia como de interesse, assim como faria com várias outras. Contudo, assinala-se que ambos os atos dependem de uma movimentação oriunda do Poder Executivo (na pessoa do Presidente da República, do Ministério da Saúde ou do INPI).

Ao mesmo tempo, ressalta-se que, no Brasil, não é da competência do INPI analisar questões de saúde pública e interesse social, sendo que tais matérias são caras a outros órgãos do Poder Público, como a ANVISA²⁸ ou o próprio Ministério da Saúde, ao qual é subor-

28 A Lei nº 10.196/01 alterou a LPI para incluir o art. 229-C, tornando obrigatória a anuência prévia da ANVISA nos casos de exames de patentes referentes a produtos farmacêuticos, que

dinada. Assim, considerando que o INPI não é parte nas negociações para licenciamento compulsório, não se sabe exatamente se seria interessante transferir tal competência à Autarquia.

No caso da interpretação (ii), não haveria inovação na lei com sua redação atual.

c) *Pré-definição dos royalties devidos no patamar de 1,5% (um e meio por cento)*

O inciso III do novo § 2º, do artigo 71, da LPI, institui a remuneração do titular da patente licenciada no patamar de 1,5% (um e meio por cento) sobre a venda ao Poder Público pago pelo fornecedor da tecnologia licenciada. Nos casos de pedido de patente, somente seria devida a remuneração a partir da concessão da patente.

Nesse último ponto, acredita-se desnecessária a pré-definição do montante pago a título de *royalties* ao titular da patente. A um, pois o patamar dependerá de cada caso, como já foi exposto. A dois, pois a lei permite que o montante pago a título de *royalties* seja determinado após o decreto de licenciamento compulsório, de sorte que não é necessário fixar previamente tal patamar.

Hoje, os 3 (três) projetos de lei estão em fase inicial, de forma que tão somente tiveram seu texto apresentado à Câmara dos Deputados²⁹.

deve fazer um exame referente ao *interesse público* sobre o composto farmacêutico sujeito à proteção patentária.

29 BRASIL. Projeto de Lei nº 1.320/2020. Altera o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para tratar de licença compulsória nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de emergência de saúde pública de importância nacional ou de importância internacional. *Aguardando Despacho do Presidente*, Disponível em: «<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2242509>». Acesso em: 22 set. 2020; BRASIL. Projeto de Lei nº 1.462/2020. Altera o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para tratar de licença compulsória nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de emergência de

4. Considerações finais.

Em conclusão, tem-se que os projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional são inovadores em pouquíssimos pontos, senão em nenhum ponto, no caso do PL nº 1.184/2020. Ainda, nos limitados temas em que pretendem reformar a atual legislação sobre licenças compulsórias, fazem-no de forma a não considerar o cenário e os costumes comerciais do fornecimento de tecnologias associadas ao tratamento de doenças endêmicas.

Nesse quesito, importa avaliar o que se quer dizer com a invocação da expressão “interesse público” e não a reduzir necessariamente a algo errôneo. No caso em comento, o interesse público não obrigatoriamente consiste na possibilidade de produção das tecnologias por terceiros, mas sim no interesse do Estado pagar o justo valor por tecnologias protegidas por patente, sejam elas adquiridas diretamente do titular da patente, sejam de terceiros que obtiveram o licenciamento para produzi-las.

Sendo assim, entende-se que os projetos de lei apresentados, na redação disponibilizada, são desnecessários do ponto de vista jurídico.

Concluimos que o ordenamento jurídico pátrio, com a regra do artigo 71 da LPI em conjunto com os Decretos que o regulamentam, já dispõem dos instrumentos necessários e suficientes para a tomada de medidas que permitam o licenciamento compulsório ou auxiliem na negociação por preço com os titulares de patentes. Confiamos que o Estado e as empresas sejam parceiros, neste e nos demais momentos ligados às políticas de saúde pública em nosso país.

saúde pública de importância nacional ou de importância internacional. *Aguardando despacho do presidente*. Disponível em: «<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2242787>». Acesso em: 22 set. 2020; BRASIL. Projeto de Lei nº 1.184/2020. Dispõe sobre a concessão das licenças não-voluntárias prevista na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Aguardando Despacho do Presidente*. Disponível em: «<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2242271>». Acesso em: 22 set. 2020.

OS AGENTES DE TRATAMENTO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA¹

PERSONAL DATA PROCESSING AGENTS AND CIVIL LIABILITY IN THE BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION LAW

*Leonardo Figueiredo Barbosa
Caroline da Rosa Pinheiro
Alexandre Aguilar Santos*

Resumo: O presente trabalho constitui-se em uma análise crítica do regime de responsabilidade civil instituído pela Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) para os agentes de tratamento de dados pessoais. O artigo parte de um diagnóstico bibliográfico e apresenta os principais argumentos das teorias objetiva, subjetiva e mista da responsabilidade civil, cotejando suas características elementares com os dispositivos da lei, além de apresentar novas reflexões.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais. Responsabilidade Civil. LGPD.

Abstract: This paper is a critical analysis of the civil liability regime established by Law 13.709/2018 (Brazilian General Data Protection Law – LGPD) for personal data processing agents. The article starts from a bibliographic diagnosis and presents the main arguments of the objective, subjective and mixed theories of civil liability, comparing its elementary characteristics with the provisions of the law, besides presenting new reflections.

Keywords: Personal Data Protection. Civil Liability. LGPD.

¹ Artigo recebido em 05.10.2020 e aceito em 13.12.2020.

Sumário: 1. Notas Introdutórias: “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. 2. Nuances da Responsabilidade Civil e o Avanço da Tecnologia. 3. Desafios Interpretativos quanto a Natureza da Responsabilidade Civil na LGPD. 3.1. A Tese da Responsabilidade Civil Objetiva. 3.1.I. A Indiscutível Inspiração no Código de Defesa do Consumidor. 3.1.II. O Tratamento de Dados como Atividade de Risco por Natureza. 3.1.III. Estímulo ao Ressarcimento vs. *Standard* de Conduta. 3.2. A Tese da Responsabilidade Civil Subjetiva. 3.2.I. O silêncio da LGPD sobre a Responsabilidade Objetiva. 3.2.II. O Estabelecimento de *Standards* de Conduta pela LGPD. 3.2.III. Diferença entre as Excludentes Previstas no CDC (Art. 12, § 3º e 14, § 3º) e na LGPD (Art. 43). 3.2.IV. A Indicação da Própria LGPD do Regime de Responsabilidade Subjetiva. 3.3. Nem uma coisa nem outra: Responsabilidade Civil Especial e Responsabilidade Civil Proativa. 4. Considerações Finais.

1. Notas introdutórias: “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”.²

A evolução da sociedade, pautada na tecnologia e na velocidade da troca, encurtou distâncias, facilitou significativamente as interações humanas e influenciou a dinâmica da vida social contempo-

2 *The world’s most valuable resource is no longer oil, but data.* The Economist, 6 mai. 2017. Disponível em: «<http://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>». Acesso em: 05 ago. 2019.

rânea. Com apenas um “*click*” indivíduos dialogam entre si e com o mercado e, muitas vezes, utilizam como moeda de troca o fornecimento dos seus dados pessoais.

As informações pessoais decorrentes dessas interações são capazes de individualizar sujeitos, identificando sua origem étnica, opiniões políticas, religião, informações sobre a vida sexual ou saúde, dentre outras características que podem trazer consequências efetivas para a vida do titular de dados.

A manchete do *The Economist*, trazida como título desta introdução, destaca não apenas a importância, como também o valor que o dado pessoal possui, sobretudo para as companhias que conseguem tratá-lo e transformá-lo em informação comercializável.³ Uma das justificativas para a facilidade de acesso das empresas aos dados pessoais é a assimetria informacional da população que fornece gratuitamente, muitas vezes de forma não consciente, e sem questionar seus dados pessoais, seja porque parcela dessa população não é incluída em um debate social e político de como essas tecnologias afetam a realidade, seja porque não há na sociedade brasileira (embora existam sinais de mudança⁴) uma cultura de privacidade e proteção de dados em nossa sociedade.⁵

3 Importante indicar que o dado pessoal não se confunde com o conceito de informação: “O dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo *per se* que acresce conhecimento. Dados são simplesmente *atos brutos* que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação” (BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 55).

4 Diversos órgãos públicos divulgaram decisões ou normas que têm, dentre outros, o objetivo de implementar ou estimular a valorização da proteção dos dados pessoais. Apenas exemplificativamente, a decisão do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, na qual vários ministros relacionaram, em alguma medida, a proteção de dados pessoais com o conceito de direito fundamental. Outro exemplo mais recente é a Resolução 334 do Conselho Nacional de Justiça, de 21 de setembro deste ano, que tem como um de seus *consideranda* “o direito fundamental à proteção dos dados pessoais de jurisdicionados e demais sujeitos identificados ou identificáveis nos atos processuais” (*grifos nossos*).

5 MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada: A internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático*. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2014, p.107.

Nesse contexto, situações como aquisição de medicamentos seguido de envio de uma foto do rosto do indivíduo⁶, a exigência de biometria para entrada em condomínios, o fornecimento do número do documento de identidade e do CPF em estabelecimentos comerciais (físicos ou virtuais), o direcionamento de propagandas a partir do mapeamento de “likes”, identificação de localização por *smart-phones* e aplicativos e até mesmo o direcionamento dos rumos de eleições⁷ são apenas algumas de inúmeras práticas que se tornaram possíveis a partir do tratamento dos dados pessoais.

Segundo Daniel J. Solove⁸, as pessoas disponibilizam informações pessoais sem maiores reflexões, portanto, abdicando da privacidade em função de uma sensação (que pode ser ilusória) de segurança, caracterizando a chamada sociedade de vigilância.⁹ Stefano Rodotà¹⁰ já escrevia sobre o conceito de capitalismo de vigilância, indicando que com o armazenamento de ‘zilhões’ de informações que os usuários da rede fornecem gratuitamente, transformam-se os dados em produto extremamente lucrativo.

Os agentes econômicos, em sua atuação como agentes de tratamento de dados pessoais¹¹, extraem e refinam as informações cole-

6 E quando te pedem informações pessoais em uma compra? Produção de INTERNETLAB pesquisa em direito e tecnologia. Apoio: mozilla, 2018. Disponível em: «https://www.youtube.com/watch?v=uHZs3ADb6RQ&ab_channel=InternetLab». Acesso em: 05 ago. 2020.

7 BENKLER, Yochai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. *Network Propaganda. Manipulation, Disinformation and Radicalization in American Politics*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 381-383.

8 SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 5.

9 LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 27.

10 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade boje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.111-139.

11 Conceito que será tratado com maior profundidade no item 3.

tadas. O resultado desse trabalho pode gerar o chamado *profiling* que auxilia na predição do comportamento dos indivíduos e na utilização dessa informação como instrumento de vantagem competitiva.¹²

Nesse sentido, tendo em vista o impacto do tratamento dos dados para o mercado, os *players* aumentam ainda mais seu poder econômico ao agirem com certa independência em relação aos dados pessoais.¹³ O poder econômico passa a transcender os espectros das relações privadas para conceber caráter de interesse público, de forma análoga, como afirma Ana Frazão sobre o período pré consolidação dos direitos da concorrência no cenário de economia globalizada.¹⁴ Sendo assim, a matéria dos dados pessoais suplanta sua importância para além do interesse individual, devendo ser observados valores e princípios da ordem econômica constitucional para descentralização do poder nessa relação.

Soma-se a tudo isso a possibilidade de decisões automatizadas que podem afetar substancialmente milhões de pessoas em nosso país, sem que a imensa maioria delas sequer tenha conhecimento de que questões relevantes de suas vidas estão sendo decididas por algoritmos.¹⁵ Nesses casos, as decisões baseadas em dados pessoais podem, eventualmente, acarretar violações a direitos fundamentais

12 É possível apontar a importância dos dados nas métricas que computam os rendimentos empresariais (*non-gaap metrics*) e seria plausível o cálculo dos dados como parâmetro a ser levado em consideração nas fusões e aquisições de empresas. Todavia, essas métricas não são consideradas pelo GAPP (*generally accepted accounting principles*) que é o sistema de compatibilidade padrão dos EUA.

13 FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do Direito da Concorrência. In: *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 141.

14 *Ibidem*. p. 140.

15 Algoritmos são “sequências pré-definidas de comandos automatizados que, com base em dados pessoais e não pessoais, chegam a conclusões que podem sujeitar alguém a uma determinada ação, a qual pode ou não ter impacto significativo na sua vida” (MONTEIRO, Renato Leite. *Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil?* Instituto Igarapé, 2018, artigo estratégico nº. 39, p. 2-3).

nas mais diferentes áreas como saúde, educação, emprego e trabalho, informação, cidadania, dentre outros.¹⁶

Nesse contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – tal como sua norma de maior inspiração, qual seja a *General Data Protection Regulation* europeia¹⁷ – constitui instrumento necessário para impor limites à utilização inadequada dos dados pessoais, estabelecendo parâmetros e diretrizes que buscam preservar os direitos e garantias dos titulares de dados pessoais, sem olvidar a necessária busca do desenvolvimento econômico, tecnológico e da inovação. A norma, portanto, representa a resposta do ordenamento jurídico brasileiro no sentido de buscar harmonizar valores fundamentais para o crescimento do país em uma economia digital, mas reconhecimento que o indivíduo tem direito a sua autodeterminação informativa (art. 2º, LGPD).

É bem verdade, que no ordenamento jurídico brasileiro já existiam leis setoriais que resguardavam os dados pessoais, como o próprio Código de Defesa do Consumidor quando dispõe sobre banco de dados dos consumidores¹⁸, o Marco Civil da Internet, a Lei de

16 Alguns exemplos que o autor explicita é a influência do dado no (i) Direito à saúde: cruzamento de dados genéticos e dados comportamentais das pessoas estabelecem o valor que será pago, por exemplo em um plano de saúde; (ii) Direito à educação: Os dados na matrícula na escola em que, dependendo da nota, lugar onde a criança vive, essa criança será colocada em grupos iguais entre si com a intenção de potencializar a educação. No entanto, isso provoca uma pasteurização do ambiente educacional, não deixando com que as crianças conheçam outras realidades que não as suas. (iii) Direito ao pleno emprego: sistemas como o LinkedIn se utilizam de triagens dos candidatos com base em critérios pré-definidos pela plataforma; (iv) Direito à informação: dados pessoais que são cruzados e determinam o que o usuário verá no seu feed de notícias e modo como formar sua visão de mundo sobre determinados assuntos, influenciando, dessa forma, em seu comportamento; (v) Direito à liberdade: dados usados para estipular o cálculo da pena com base nos dados públicos) (MONTEIRO, Renato Leite. *Ibidem*. p. 3-4).

17 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

18 BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe

Acesso à Informação, a Lei do Cadastro Positivo¹⁹, dentre outras. Mas a LGPD surge em tempo hábil para unificar o regime jurídico da proteção de dados e servir de referencial normativo. Portanto, – embora muitas vezes tratada equivocadamente por alguns segmentos sociais como mais uma burocracia a dificultar o desenvolvimento tecnológico e econômico – a norma busca compatibilizar valores fundamentais²⁰ trazendo maior segurança jurídica tanto para os titulares de dados pessoais quanto para os agentes de tratamento.

É óbvio que essa missão hercúlea, de harmonização de valores passíveis de conflitos em situações concretas, não seria levada a cabo

sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12/09/1990 (CDC), art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

19 BRASIL. Lei nº. 12.414 de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10/06/2011 (Lei do Cadastro Positivo), art. 5º. São direitos do cadastrado: [...] IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; V - ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais; VI - solicitar ao consultante a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados;

20 BRASIL. Lei nº. 13.709 de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a lei nº. 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*. Brasília, 15/08/2018 (LGPD), art. 2º. Conforme o art. 2º, a LGPD tem como fundamentos: (I) o respeito à privacidade; (II) a autodeterminação informativa; (III) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (IV) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (V) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (VI) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (VII) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

sem divergências. Nas lições de Danilo Doneda²¹, a busca por uma resposta negocial não seria suficiente à temática da proteção de dados, visto que o debate permeia direitos extrapatrimoniais caríssimos na efetividade tutela da pessoa humana.²² Não por outra razão, alguns afirmam que a LGPD extrapola o eixo constitucional da privacidade, que não é a única fonte axiológica da própria lei, e compreende a proteção de dados como um direito fundamental autônomo.²³

O marco legislativo surge, portanto, para desestimular práticas abusivas relacionadas ao uso de dados pessoais; criar uma cultura de integridade e respeito em relação à privacidade dos indivíduos; diminuir o desequilíbrio da relação entre titulares de dados e agentes de tratamento e, levado às últimas consequências, remediar e buscar mitigar eventuais danos decorrentes do uso inadequado dos dados.

Toda a explicação feita até agora busca contextualizar o tópico principal deste trabalho cujo escopo é voltado para o exame do tipo de responsabilidade civil a que os agentes de tratamento estão sujeitos em função da aplicação da LGPD em cotejo com outros dispositivos relevantes de nosso ordenamento jurídico. É importante destacar a relevância do tema para a adequada aplicação do regime jurídico de proteção de dados no Brasil.

2. Nuances da responsabilidade civil e o avanço da tecnologia.

O estudo sobre o desenvolvimento da responsabilidade civil

21 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 410.

22 Nesse mesmo sentido: MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122-123; FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo, et al (coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 1ª. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.103.

23 *Ibidem*. p.103.

remete a história do instituto construída no chão das fábricas no contexto de Revolução Industrial. A multiplicidade de acidentes, a evolução da tecnologia e o risco na realização das atividades fez com que os trabalhadores buscassem, através do direito, a reparação de danos decorrentes da atividade desempenhada. *A contrario sensu* da época em que se culpava as divindades e o acaso, o acidente figura como ato, direto ou indireto do homem (altruísmo) e que faz ferver no restante das pessoas o sentimento da busca por justiça.²⁴

A tríade dano,nexo causal e culpa norteia até hoje a responsabilidade civil. O dano é apresentado como elemento central para a aplicação da responsabilidade civil, uma vez que constitui premissa para imputação da obrigação de indenizar, dito de outra forma: é o raciocínio baseado na premissa de que não há que se falar em indenização sem que tenha havido prejuízo de ordem patrimonial ou moral de outrem.²⁵ Onexo causal, por sua vez, está diretamente vinculado como relação de causa-efeito da conduta e do dano. Não basta saber se a conduta é contrária ao direito ou não, é preciso saber também se determinado agente foi efetivamente responsável pela causação do resultado.²⁶

A noção de culpa passou por percalços para chegar em seu conceito atual. Anteriormente, a culpa era entendida como uso culpável da liberdade que demandava sanção²⁷, associado à moralidade ou até mesmo como pecado na visão do direito canônico²⁸, repousando tais conceitos em uma análise psicológica do agente. No entanto, tal

24 JOSSE RAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Trad. Raul Lima. Revista Forense: São Paulo, 1941, nº 456, p. 548-559.

25 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

26 *Ibidem*. p. 48-49.

27 SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 13.

28 *Ibidem*. p. 14.

concepção corroborava com os interesses liberais do século XIX, uma vez que a investigação do subconsciente humano constitui tarefa praticamente impossível, conseqüentemente a prova da culpa era inviável para a vítima.²⁹

Sendo a responsabilidade civil instrumento para garantir justiça e bem-estar social³⁰, os ideais de justiça social e solidariedade incitaram um movimento de libertação político-filosófica, passando por teorias que valorizavam a culpa presumida em determinadas situações e chegando a proposta de indicação do risco como justificativa do dever de indenizar³¹, bastando a indicação do dano e da relação de causalidade, prescindindo, portanto, da análise da culpa. Dessa forma, o conceito de responsabilidade objetiva se instaura na tentativa de materializar o equilíbrio de poder para que a vítima goze de maior tutela.

O desenvolvimento do capitalismo e suas influências no desequilíbrio de poder entre causador do dano e vítima, foram fundamentais para a proliferação da presunção de culpa e para a tendência à objetivação. No caso brasileiro, por exemplo, houve a edição do Decreto 2.681/1912 que estabeleceu a responsabilidade objetiva pelas estradas de ferro, pela perda ou desvio de mercadorias, assim como o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) e a Lei 6.453/77, relativa às atividades nucleares.

As linhas de produção de Taylor alicerçadas no advento da eletricidade fizeram com que a sociedade passasse pela Segunda Revolução Industrial. As relações de trabalho em massa e os múltiplos acidentes resultaram em leis trabalhistas que dispunham sobre o dever de indenizar do empregador na situação de sinistro que maculas-

29 Ibidem. p. 17-19.

30 SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42.

31 EWALD, François. A Culpa civil, direito e filosofia. In: *Foucault, a norma e o direito*. 1ª Edição São Paulo: Veja, 2000, p. 172.

se o empregado.³² O Código Civil de 1916 ainda estabeleceu hipótese de responsabilidade por fato de terceiro pelos atos de seu empregado no exercício do labor.³³

Posteriormente, com o desenvolvimento da automação nos processos de trabalho, a Segunda Guerra Mundial acarretou a Terceira Revolução Industrial na década de 1960. Tardiamente, o Código de Defesa do Consumidor (1990) previu a responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou do serviço. Mais tarde, o artigo 927 do Código Civil abarcaria a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva fundada no risco.

Mesmo após a tendência de objetivação da responsabilidade, tendo em vista que o conceito de culpa em épocas passadas era vinculado estritamente ao que se passava no subconsciente do agente, é possível afirmar que o declínio da culpa não figura como enfraquecimento da responsabilidade civil. O que houve foi a mudança de seu conceito para evitar arbitrariedades, o enriquecimento ilícito de terceiros e para promover o incentivo às atividades comerciais. Nesse particular, é notável a adoção do compartilhamento de riscos não apenas em contratos privados, mas também com Administração Pública, bem como é nítido protagonismo do equilíbrio econômico financeiro nas relações patrimoniais, o que, sem qualquer sombra de dúvida, relaciona-se com a evolução e com a própria função do conceito de culpa.

Hodiernamente, a culpa *lato sensu* é dividida entre dolo e culpa *stricto sensu*, o primeiro sendo a intenção consciente do agente em causar o resultado ilícito e o segundo, nas palavras de Sérgio Ca-

32 BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, 09/08/1943.

33 BRASIL. Lei nº. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogado, art. 1.521, inciso III. Hoje, essa disposição se encontra no art. 932, inciso III do Código Civil de 2002 que diz: “São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (grifos nossos).

valieri Filho, como sendo uma *violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível*.³⁴

As decisões judiciais, inclusive, têm buscado recursos na sociedade para formação de modelos gerais de comportamento, valendo-se, por exemplo, de diretrizes emitidas por associações profissionais e códigos de condutas especializados, ISOs, ainda que estas não tenham força normativa.³⁵

Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, afirma que estamos vivendo a Quarta Revolução Industrial³⁶, pela exclusão dos limites entre mundo físico, biológico e digital. Tal cenário faz com que seja repensada a relação entre tecnologia, novos riscos e responsabilidade civil, transcendendo os institutos tradicionais de direito civil num cenário de erosão dos filtros da culpa.

A evolução do conceito de culpa *in partem* impacta diretamente na responsabilidade civil e, obviamente, interfere de forma substancial na interpretação da responsabilidade em matéria de proteção de dados, sobretudo diante do uso da responsabilidade civil como instrumento para equilibrar as relações jurídicas – neste particular, as relações entre titulares e agentes –, tendo como pano de fundo o debate sobre a possibilidade de caracterização do tratamento de dados como atividade de risco³⁷. Todavia, a LGPD ainda desperta dúvidas, princi-

34 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit. p. 32-33.

35 A título de exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é hoje a instituição mais requisitada como *amicus curiae* para solucionar litígios comerciais (SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 42).

36 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2018, p.26-37.

37 SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Op. cit. p. 131. Concebe a atividade de risco como “atividade perigosa”, não sendo qualquer atividade, mas sim as que representam um grau de risco elevado. No sentido do tratamento de dados como atividade de risco: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 120. ano 27. p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2018. p. 474.

palmente, sobre a natureza da responsabilidade civil trazida pelo novo diploma.

3. Desafios interpretativos quanto a natureza da responsabilidade civil na LGPD.

No que concerne ao regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD, parece que o único consenso consiste no fato de que a norma não foi expressamente clara sobre sua escolha, havendo argumentos razoáveis que podem ser utilizados tanto por aqueles que defendem a aplicação do regime objetivo de responsabilidade civil quanto pelos que advogam a favor do reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva. Diversos são os autores que fazem tal indicação³⁸, chegando a se afirmar que o sistema de responsabilização civil trazido se caracteriza como especialíssimo, configurando-se como a principal novidade da lei.³⁹

Em função dessa expressiva divergência, buscar-se-á apresentar os principais argumentos de cada uma dessas correntes que buscam identificar qual o regime foi (ou deveria ter sido) adotado pela Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Antes, porém, é necessário elucidar alguns conceitos fundamentais adotados pela LGPD em diversos de seus capítulos⁴⁰, consi-

38 Apenas exemplificativamente, o “I Simpósio de Responsabilidade Civil e Proteção de Dados” foi organizado exatamente em torno deste pressuposto, pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC), contando com a participação de professores relevantes como Caitlin Sampaio Mulholland (PUC-Rio), Cíntia Rosa Pereira de Lima (USP), Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes (UERJ), Guilherme Magalhães Martins (UFRJ), Marcos Ehrhardt Júnior (UFAL) Rafael de Freitas Valle Dresch (UFRGS), e tendo como moderadores os professores Nelson Rosenvald e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.

39 MORAES, Maria Celina Bodin de. *LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo*. Civillistica.com, 2019, v. 8, n. 3, p. 1-6. Disponível em: <http://civillistica.com/lgpd-um-novo-regime-de-responsabilizacao-civil-dito-proativo/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

40 (i) disposições preliminares (objeto da lei e definições), (ii) tratamento de dados (quando ocorre, objeto e término), (iii) direitos do titular (sujeito passivo do tratamento), (iv) tratamento

derando que estes terão repercussão no regime de responsabilidade civil.

Primeiramente, o próprio conceito de tratamento de dados pessoais, albergado no artigo 5º, X:

toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Portanto, absolutamente qualquer operação que seja realizada com dados pessoais – desde sua simples coleta (em suas mais diversas formas de obtenção, seja por meio de uma simples ficha cadastral em papel até a utilização de recursos digitais altamente tecnológicos), passando pelo seu armazenamento ou mera visualização, chegando até sua eliminação (ou seja, qualquer atividade que envolva dado pessoal, ao longo de todo o seu “ciclo de vida”) – poderá ensejar responsabilidade civil.

O mesmo artigo também conceitua os atores relevantes para o tema, quais sejam os agentes de tratamento e os titulares de dados pessoais.

Quanto aos *titulares*, esclarece o inciso V do artigo 5º, que se trata de “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”, sendo que o inciso I evidencia que dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou

de dados pelo poder público (requisitos específicos em razão da publicidade e responsabilidade), (v) transferência internacional de dados (quando pode ocorrer), (vi) agentes de tratamento de dados (sujeito ativo do tratamento de dados – definição e responsabilidade), (vii) segurança e boas-práticas (deveres do sujeito ativo), (viii) fiscalização (poderes do regulador), (ix) Autoridade Nacional de Proteção de Dados (regime do regulador), (x) disposições finais.

identificável”. Portanto, qualquer conjunto de dados que possibilite a identificação de uma pessoa física é dado pessoal.

Os *agentes de tratamentos* podem ser controladores ou operadores⁴¹, sendo que o primeiro é responsável pela decisão acerca das finalidades e meios relativos ao tratamento de dados pessoais, enquanto o segundo executa tal tratamento em nome do primeiro. A identificação adequada desses autores é elemento *sine qua non* para garantir o adequado dever de indenizar, independentemente do regime que tenha sido efetivamente adotado pela lei. Infelizmente, não tem sido incomum a observação de que até as autoridades públicas podem não ter compreendido adequadamente tais conceitos.

Apenas exemplificativamente, normas oriundas do Poder Judiciário brasileiro já indicaram como controlador do respectivo Tribunal o “presidente do Tribunal” (chegando a criar a função de “controladores adjuntos” a ser exercidas pelos vice-presidentes e pelo corregedor da Justiça. Já como “operadores” foram indicados “os servidores e colaboradores que exerçam atividade de tratamento de dados pessoais na instituição ou terceiros”.⁴²

Recentes *guidelines*⁴³ – formuladas em 02 de setembro pelo Comitê Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), composto pela Auto-

41 LGPD, art. 5º, VIII. A Lei também menciona a existência de um encarregado (art. 5º, VIII), responsável pelo contato direto entre o agente de tratamento e titular de dados ou agente de tratamento de Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Todavia, é importante perceber que o encarregado (chamado, muitas vezes de DPO, por conta do termo utilizado na legislação europeia de proteção de dados: *Data Protection Officer*) não é identificado como espécie de “agente de tratamento” pela LGPD, muito menos mencionado no capítulo sobre a responsabilidade civil, motivo pelo qual não será objeto deste artigo.

42 Para mais detalhes ver BARBOSA, Leonardo; PINHEIRO, Caroline; AGUILAR, Alexandre. *O Judiciário e a LGPD: desafios de adequação*. Jota, 2020. Disponível em: «<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-judiciario-e-a-lgpd-desafios-de-adequacao-20092020>». Acesso em: 25 set. 2020.

43 EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB). *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. Disponível em: «https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf». Acesso em: 14 set. 2020.

ridade Europeia para a Proteção de Dados e por representantes das autoridades nacionais para a proteção de dados –, embora relacionadas especificamente ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) europeu (fonte inegável de inspiração de nossa LGPD), trazem observações sobre os conceitos de controlador e operador, relevantes para o tema da responsabilidade. As orientações evidenciam que tais conceitos são funcionais no sentido de que objetivam “alocar responsabilidade de acordo com as funções reais das partes”. E tal função está relacionada a um elemento central do tratamento de dados pessoais: quem decide sobre as finalidades e os meios utilizados nos tratamentos e, conseqüentemente, quem pode ser responsabilizado em caso de prejuízos deles decorrentes.

Com base nessa visão, as *guidelines* afirmam, quanto aos *controladores*, que

às vezes, empresas e órgãos públicos nomeiam uma pessoa específica responsável pela implementação das operações de processamento. Mesmo se uma pessoa física específica for nomeada para garantir o *compliance* em relação às regras de proteção de dados, esta pessoa não será o controlador, mas *agirá em nome da pessoa jurídica* (empresa ou órgão público) *que será o responsável final em caso de violação das regras* em sua capacidade de controlador. (*grifos e tradução nossa*)⁴⁴

No que concerne aos *operadores*, a LGPD conceitua simplesmente como “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII). De forma muito similar o RGPD define operador (*processor*) como a entidade “que trata dados pessoais em nome do

⁴⁴ EDPB. *Ibidem*. p. 10.

controlador”. Já as novas orientações do CEPD vão além da previsão textual e evidenciam uma outra condição básica para qualificar o operador: que seja uma entidade separada do controlador.

“Entidade separada” significa que o controlador decide delegar atividades de tratamento de dados pessoais, no todo ou em parte, para uma entidade externa.

Se o controlador decidir processar os dados por conta própria, *usando seus próprios recursos dentro de sua organização*, por exemplo através de sua própria equipe, *esta não é uma situação de operador*. Funcionários e outras pessoas que estão agindo sob a autoridade direta do controlador [...] não devem ser vistos como operadores, uma vez que *irão processar dados pessoais como parte da instituição controladora*. (*grifos e tradução nossa*)⁴⁵

Também é importante ressaltar que, a distinção entre controlador e operador é relevante na análise da responsabilidade civil, pois os operadores só serão responsabilizados solidariamente quando (i) descumprirem as obrigações da lei ou (ii) quando não tiverem seguido as instruções lícitas do controlador (art. 42, §1, inciso D).

3.1. A tese da responsabilidade civil objetiva.

Conforme já indicado acima, a doutrina da teoria objetiva da responsabilidade civil surge para resguardar o princípio da solidariedade, uma vez que não se buscam culpados pelo ato ilícito, mas sim reestabelecer a vítima em seu *status quo* antes da violação. Na legislação brasileira, conforme o parágrafo único do artigo 927 do Código

⁴⁵ EDPB. Ibidem. p. 24.

Civil, esta situação pode ocorrer por determinação legal ou, ainda, tendo o risco como elemento fundamental para que, independente da culpabilidade do agente, seja reparado o injusto. Resumidamente, bastaria a vítima demonstrar o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, sendo irrelevante a análise da culpa.

Aqueles que sustentam que a LGPD teria trazido o regime objetivo de responsabilidade civil apresentam argumentos relevantes que precisam ser cuidadosamente considerados, conforme apresentados abaixo.

3.1.I. A indiscutível inspiração no Código de Defesa do Consumidor.

Argumenta-se que, ao se comparar a LGPD com o CDC, saltariam aos olhos não apenas a evidente inspiração de diversos dispositivos, mas o quase espelhamento da redação, mormente daqueles que se referem à responsabilidade civil. Por exemplo:

LGPD	CDC
<p>Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:</p> <p>I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;</p> <p>II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou</p> <p>III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.</p>	<p>Art. 12, § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:</p> <p>I - que não colocou o produto no mercado;</p> <p>II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;</p> <p>III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.</p>

<p>Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação <u>OU</u> quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:</p> <p>I - o modo pelo qual é realizado;</p> <p>II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;</p> <p>III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.</p>	<p>Art. 14, § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:</p> <p>I - o modo de seu fornecimento;</p> <p>II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;</p> <p>III - a época em que foi fornecido.</p>
---	--

A LGPD dispõe, em seu artigo 42,⁴⁶ que os agentes de tratamento (controladores e operadores) que causarem dano (patrimonial ou moral, individual ou coletivo) em razão da atividade de tratamento são obrigados a repará-los. Embora realmente a lei não utilize a expressão “independentemente da existência de culpa” (como ocorre nos artigos 12 e 14 do CDC), aparentemente o dever de indenizar só seria excluído em situações muito similares ao CDC, quais sejam: quando (i) não houver realizado o tratamento; (ii) não houver violação à legislação ou (iii) quando o dano decorrer de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros. Ou seja, argumenta-se que as excludentes de responsabilidade redigidas em ambos os diplomas legais são extremamente parecidas com similitudes tanto formais, quanto substanciais, ainda que com pequenas diferenças. Consequentemente, ainda que a LGPD não tenha utilizado a expressão “independente de culpa”, ficaria clara a escolha do legislador pela responsabilidade objetiva diante da afirmação de que “os agentes de tratamento **só não serão** responsabilizados quando provarem” (art. 43), seguida de excludentes de ilicitude praticamente idênticas as do CDC.

⁴⁶ LGPD, art. 42. “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”.

É possível traçar também uma analogia entre o conceito de “tratamento irregular” trazido pelo artigo 44 da LGPD e o conceito de “serviço defeituoso” indicado no artigo 14, § 1º do CDC, sendo que, em ambos os casos, há forte vinculação a questão da *segurança* que o titular ou consumidor esperam, respectivamente, do tratamento de dados ou do serviço.

Por derradeiro, existem diversos outros dispositivos que comprovam a forte relação entre as duas normas, ainda que não relacionadas especificamente com o regime de responsabilidade, dentre as quais devem ser destacadas: a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 42, § 2º) e, em especial, a indicação da defesa do consumidor como um dos fundamentos da legislação de proteção de dados brasileira:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como *fundamentos*:

[...]

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a *defesa do consumidor*; (*grifos nossos*).

A argumentação sobre a inspiração da LGPD no CDC é plausível considerando que a assimetria informacional ainda é significativa em nossa sociedade, portanto, um diploma mais protetivo poderia ser mais coerente com o que preza o princípio da solidariedade na responsabilidade civil, mediante a repartição dos riscos.

Aliás, ressalta-se que, no que concerne aos tratamentos de dados pessoais relacionados especificamente às relações de consumo, parece não haver maiores dúvidas de que a LGPD fez questão de evidenciar que manteve, como regra, o sistema de responsabilidade civil objetivo. É o que se depreende da leitura de seu artigo 45, em perfeita sintonia com os preceitos constitucionais que propugnam pela defesa e proteção do consumidor.⁴⁷

47 BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial da União*. Brasília, 5/10/1988, p.1, artigos 5º, XXXII e 170, V.

Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular *no âmbito das relações de consumo permanecem* sujeitas às *regras de responsabilidade* previstas na *legislação pertinente*. (grifos nossos)

Tal posicionamento é enfatizado, no parágrafo 8º do seu artigo 18 da LGPD, ao se garantir que em caso de problemas relacionados aos direitos dos titulares, estes podem exercer o seu direito de petição não apenas perante a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), mas também se valer dos organismos específicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) como a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) ou os Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (Procons) espalhados pelo país.

Art. 18. [...] § 1º O titular dos dados pessoais tem o *direito de peticionar* em relação aos seus dados *contra o controlador* perante a *autoridade nacional*.

[...]

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo *também* poderá ser exercido *perante os organismos de defesa do consumidor*. (grifos nossos)

Portanto, toda essa proximidade entre os dois diplomas legais indicaria que a LGPD teria trazido consigo também o sistema de responsabilidade civil objetiva típico do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.II. O tratamento de dados como atividade de risco por natureza.

Outro argumento muito citado na defesa da responsabilidade objetiva na LGPD consiste afirmar que a atividade de tratamento de dados pessoais é, por sua natureza, de risco e, em sendo assim, alber-

gada pela *cláusula geral de responsabilidade objetiva* prevista no já citado parágrafo único do artigo 927 do código civil.

Conforme já indicado anteriormente, a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco tem o objetivo precípua dar maior proteção às vítimas, considerando que a necessidade de provar a culpa do autor em determinadas situações inviabilizaria a obtenção de ressarcimento. Seu fundamento nuclear está na ideia de que o dever de cuidado daqueles que exercem atividade que possa colocar em perigo a segurança ou a incolumidade de outros deve ser maior, de modo que, havendo dano a terceiro, surge a obrigação de reparar. E isso ocorreria porque o perigo ou risco é ínsito à própria atividade. Nessas hipóteses, se deve ter em vista a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sem qualquer relação com a ideia de infligir uma pena ao autor do prejuízo.⁴⁸

O nó górdio consiste em estabelecer se o tratamento de dados pessoais configura, “por sua natureza”, atividade que implique risco. Obviamente o tema é controverso e, independentemente de futuro posicionamento da ANPD, certamente será objeto de análise pelo Poder Judiciário.

Mesmo porque, conforme lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁹, o Código Civil de 2002, além de adotar a regra geral da responsabilidade objetiva para as atividades de risco, também deixou à doutrina e à jurisprudência a tarefa de esclarecer o sentido e o alcance da norma, seja em relação às espécies de risco de que trata, seja ainda em relação ao adequado significado da expressão “atividade normalmente desenvolvida”.

Autores como Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes⁵⁰ se

48 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 167-168.

49 MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006, páginas 11-37.

50 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei de Proteção

posicionaram no sentido de que a “atividade de tratamentos de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares”, o que justificaria a escolha do legislador pela responsabilidade objetiva que teria sido feita, no artigo 42, ao se vincular a obrigação de reparação do dano ao exercício de atividade de tratamento de dados pessoais.

Caitlin Mulholland tem posicionamento similar, asseverando que o regime de responsabilidade civil objetiva pode ser verificado tanto no artigo 42 quanto no 44 da LGPD:

enquanto o artigo 42, LGPD, impõe a obrigação de indenizar “em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais”, o artigo 44 e seu parágrafo único, LGPD, determinam a obrigação de indenizar caso haja tratamento irregular de dados pessoais, identificado como sendo aquele decorrente da “violação da segurança dos dados”.⁵¹

Mas quais as razões que podem ser apresentadas para sustentar que o tratamento de dados pessoais é uma atividade intrinsecamente de risco?

O próprio texto da lei parece ressaltar essa condição: ao longo de seus 65 artigos a palavra risco(s) aparece 11 (onze) vezes⁵² em

de Dados. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. 120, ano 27, p. 469-483.

51 MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?* Migalhas, 2020. Disponível em: «<https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-culpa-ou-risco>». Acesso em: 01 jul. 2020.

52 Obviamente esse argumento, por si só, não tem significado jurídico mais expressivo, mas julgou-se que, além do efeito lúdico, seria interessante efetuar a comparação com outras normas relevantes para verificar se tal conceito de suma relevância (já que pode modificar completamente um instituto tão relevante quanto a responsabilidade civil) estaria sendo utilizado legislativamente de forma leviana. Apenas comparativamente no Código Civil a palavra *risco(s)* aparece 54 vezes (mas ao longo de 2046 artigos), na Constituição Federal apenas 7 vezes e no CDC 10 vezes (ao longo de 119 artigos).

contextos que evidenciam os perigos e danos que podem decorrer da atividade de tratamento.

Os artigos 5º, XVII, 38 e 55-J, XIII evidenciam a necessidade dos controladores, ao menos em alguns casos, de elaborar o chamado “relatório de impacto à proteção de dados pessoais”, que consiste em documentação que, conforme determinação legal, precisa descrever os processos de tratamento de dados pessoais que gerem a possibilidade de riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, além das próprias medidas, salvaguardas e mecanismos que devem ser planejados e implementados visando a mitigação do risco.

Embora exista divergência doutrinária sobre a necessidade dessa documentação ser produzida de forma antecipada ou somente após solicitação da ANPD (art. 38), a melhor técnica indica que se trata de procedimento prévio ao tratamento de dados. Basta conferir as orientações oferecidas pela ISO/IEC 29134:2017⁵³ (*Guidelines for privacy impact assessment*) para comprovar que se trata de um instrumento para avaliar os “impactos potenciais” dos tratamentos e indicar medidas adequadas para minimizá-los (podendo, até mesmo, concluir-se que o tratamento não deve ser efetuado). Portanto, tanto do ponto de vista gerencial quanto lógico, não se faz avaliação e mitigação de risco *a posteriori*.

Ainda mais em se tratando de direitos fundamentais. Aliás, sobre este ponto é fundamental enfatizar que – ainda que não tenhamos um documento formal que indique que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, como ocorre no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – julgamento recente do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 deu fortes indícios de que essa é a com-

53 Além de se tratar de orientação produzida por organização internacional reconhecida pela competência e seriedade, a indicação desta orientação é indicada no próprio site do Governo Federal como um dos documentos a serem considerados no que se refere à LGPD. Conforme pode ser verificado em «<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/normativos-e-frameworks-de-protecao-de-dados-pessoais>».

preensão do Corte. E de forma mais expressiva, a recente Resolução 334 do Conselho Nacional de Justiça, de 21 de setembro deste ano, afirma em um de seus *consideranda* que existe um “direito fundamental à proteção dos dados pessoais de jurisdicionados e demais sujeitos identificados ou identificáveis nos atos processuais”.

Já o artigo 11, § 5º, assume que existe o risco de as operadoras de planos de saúde utilizarem os dados pessoais para fazerem uma seleção discriminatória de seus clientes. Essa possibilidade de análise algorítmica de forma prejudicial ao titular, seja para enquadrá-lo ilícitamente em uma categoria desfavorável, para negar-lhe um produto ou serviço ou mesmo para manipulá-lo está na pauta do dia e, obviamente, não se reduz a seara da saúde, mas se espraia até mesmo para os âmbitos da política e da área criminal, pontos extremamente sensíveis na vida dos cidadãos, da coletividade e do estado.

O artigo 44, II qualifica o tratamento de dados pessoais como “irregular” – e, portanto, como possível causador de dano e, conseqüentemente, de ressarcimento – “quando deixar de observar a legislação” OU “quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar”, sendo certo que a definição dessa “segurança” que deve ser fornecida precisa considerar circunstâncias relevantes, dentre as quais, “o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam”.

O artigo 48 cria o dever para o controlador de informar tanto a ANPD quanto o titular quando houver um “incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante”.

O artigo 50 recomenda que tanto os controladores como os operadores utilizem regras de boas práticas e de governança de dados que, dentre outros aspectos, devem considerar especialmente a “probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento” e, sendo assim, estabeleçam “políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade”.

Frise-se que todas essas observações acerca do risco inerente da atividade de tratamento de dados pessoais, são apenas aquelas

que decorrem da análise direta dos dispositivos da própria LGPD. Certamente é possível desenvolver vários outros argumentos baseados em temas como o ranking do Brasil em segurança cibernética, opacidade algorítmica, manipulação informacional pelas mídias digitais, dentre vários outros.

Portanto, o objetivo de diminuição do risco que claramente perpassa toda a Lei Geral de Proteção de dados, desde a estipulação de seus princípios (segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas) até a definição de *standards* de atuação (que devem considerar “a probabilidade e a gravidade dos riscos”) parece demonstrar que se trata de uma atividade que, evidentemente, implica em riscos para os direitos (*fundamentais*, reitere-se) dos titulares de Dados.

3.1.III. Estímulo ao ressarcimento vs. *standard* de conduta.

Aspecto que, aparentemente, tem passado despercebido pela doutrina é o olhar mais cuidadoso que a LGPD concedeu ao ressarcimento da vítima de qualquer tratamento inadequado, mesmo em situações acidentais (e não apenas em tratamentos ilícitos). Pelo menos é o que se depreende da leitura do § 7º do artigo 52 em conjunto com o caput do artigo 46.⁵⁴

§ 7º Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de *conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo.* (grifos nossos)

⁵⁴ LGPD, art. 46. “Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de *acessos não autorizados* e de *situações acidentais* ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou *qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito*” (grifos nossos).

Ora, se o sistema de responsabilidade adotado pela LGPD é o subjetivo, inclusive baseado na análise da conformidade do agente de tratamento com os padrões estipulados (seja pela ANPD, por *guidelines* reconhecidas ou pelas próprias instituições ou associações), por que a lei indica uma maior propensão à aplicação de sanções administrativas ao não ressarcimento da vítima de tratamentos inadequados, sem qualquer menção ao necessário descumprimento desses padrões de conduta?

Sem ousar dar uma resposta definitiva a essa pergunta, fato é que a LGPD traz hipótese de autocomposição entre agente de tratamento e titular de dados pessoais, indicando a intenção de estimular uma resposta rápida e satisfatória ao titular de dados. Por outro lado, buscando inibir que este tipo de demanda fique sujeita ao crivo da ANPD e do Judiciário⁵⁵, o que não seria interessante para nenhum dos envolvidos.

Além disso, o dispositivo mencionado pode servir ainda para minimizar as consequências oriundas do risco do desenvolvimento, pois, posta a oportunidade de autocomposição entre titular e controlador, eventual falha na segurança dos dados pode ser convertida em objeto de ajuste por iniciativa da própria organização.

3.2. A tese da responsabilidade civil subjetiva.

O esforço empreendido nesta parte do trabalho é no sentido de destacar os argumentos utilizados para aplicação responsabilidade civil subjetiva em matéria de tratamento de dados. Trata-se do entendimento de que o dever de ressarcir o titular dos dados pessoais está condicionado à verificação de culpa *lato sensu* na conduta adotada

55 LGPD, art. 52, §7º. “Mesmo que o art. 52, §7º da LGPD esteja no capítulo das sanções administrativas, entendemos que a autocomposição serviria para inibir demandas de responsabilidade civil, uma vez valorado entre as partes o *quantum* do dano e restabelecida a vítima em situação anterior ao injusto”.

pelo agente de tratamento que levou à ocorrência do evento danoso. Não sendo razoável, portanto, o argumento de que a configuração da responsabilidade civil depende tão somente da comprovação do nexo causal e do dano decorrente da atividade de tratamento de dados pessoais.

Não obstante o reconhecimento de que em nosso ordenamento houve significativa ampliação da responsabilidade objetiva, é importante lembrar que tal interpretação exige expressa previsão legal, não sendo admitida a presunção para imputação desse tipo de responsabilidade, é o que se confirma através da leitura dos artigos 734, 927, 931, 933 e 936, todos do código civil.

Também é motivo de preocupação – em relação a aplicação da responsabilidade objetiva como regra – os possíveis efeitos em relação aos custos que – certamente – irão impactar nas atividades em que ocorre o tratamento de dados. Obviamente, eventuais encargos como a contratação de seguros, serão embutidos nos preços dos produtos ou dos serviços. Além disso, a responsabilização objetiva como regra, constitui desestímulo à adoção mecanismos para o aprimoramento da governança e dos instrumentos de integridade: se o agente será responsabilizado independentemente das medidas de prevenção que vier a adotar, não há estímulo para os gastos que estas ensejam.

A partir desses breves apontamentos, que confirmam alguns dos problemas da interpretação da LGPD pela premissa da responsabilidade civil objetiva, surgem alguns argumentos que, ao contrário do que se afirmou no item anterior, indicam o regime da responsabilidade civil subjetiva como o mais adequado em matéria de tratamento de dados pessoais.

3.2.I. O silêncio da LGPD sobre a responsabilidade objetiva.

Ao longo da tramitação do Projeto de Lei, foram retiradas do texto as menções à responsabilidade objetiva, outrora expressamente

indicadas no Projeto de Lei 5.276/2016.⁵⁶ Por exemplo, o texto Projeto de Lei 5.276 de 2016, no art. 35 do capítulo sobre Transferência Internacional de Dados, dispunha: “*o cedente e o cessionário respondem solidariamente e objetivamente pelo tratamento de dados, independente do local onde estes se localizarem, em qualquer hipótese*” (grifos nossos).

A escolha de supressão exercidas pelo legislador podem indicar sua intenção sobre o tratamento a ser dispensado à matéria, afinal, se pretendesse de fato estabelecer o regime de responsabilidade civil objetiva, não teria motivo para realizar tais modificações.

Não obstante, admite-se que tal argumento, de forma isolada, não possui grande significado, uma vez que a supressão das expressões que indicavam a responsabilidade objetiva possa ter ocorrido por questão meramente formal, de técnica legislativa, não sendo possível afirmar que da escolha resulta diretamente a aplicação da responsabilidade subjetiva, sobretudo considerando a complexidade do tema. Todavia, diante da opção legislativa, não parece razoável a defesa cega de que a LGPD consagra o regime de responsabilidade civil objetiva, sobretudo considerando que a aplicação dessa regra exige, de maneira geral, a previsão expressa da lei, o que teria sido afastado pelo próprio legislador.⁵⁷

3.2.II. O estabelecimento de *standards* de conduta pela LGPD.

O Capítulo VI da LGPD é dedicado a “segurança e boas práti-

56 BRASIL. Projeto de Lei nº. 5276 de 13 de maio de 2015. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Arquivado. Disponível em: «<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2084378>». Acesso em: 03 abr. 2020.

57 GUEDES, Gisela.; MEIRELES, Rose. Capítulo 8. Término no Tratamento dos Dados. In: TEPEDINO, Gustavo et al (Coord.) *A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro [livro eletrônico]*. 1ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.123.

cas”. Divido em duas Seções, essa parte da lei estabelece um conjunto de deveres que precisam ser observados pelo agente de tratamento de dados. Tais deveres consubstanciam verdadeiros parâmetros, *standards* de conduta, que devem orientar a atuação dos agentes de tratamento.

Nessa linha, parece existir, no mínimo, uma contradição em se admitir que a LGPD – ao mesmo tempo –, incentiva e determina a adoção de *standards* de conduta pelos agentes de tratamento e desconsidera esses critérios para fins de imputação de responsabilidade civil. Uma leitura como essa admitiria que a aplicação da LGPD resulta na responsabilização do agente de tratamento pelo mero exercício de sua atividade, isto é, que a lei estabeleceu a possibilidade de interpretação de dano *in re ipsa* para os problemas decorrentes do tratamento de dados pessoais.⁵⁸

Tal interpretação, ao que parece, só faria algum sentido a partir da ideia de que o risco é inerente à atividade de tratamento de dados. Todavia, esse não parece o melhor entendimento sobre o tema, seja porque: (i) a LGPD não contém previsão expressa da res-

58 Conforme entendimento majoritário do STJ, diante da violação do direito à imagem nascerá para o seu titular o direito à compensação pelo dano moral na modalidade *in re ipsa*. Nesta hipótese, não seria necessário prova concreta do prejuízo de ordem moral para a vítima e nem do efetivo lucro do ofensor, bastando a própria violação à exteriorização da personalidade da vítima. Nesse sentido, conferir: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais e o Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Julgados selecionados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 138.883/PE. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data de Julgamento: 4 ago. 1998. Data de Publicação: 5 out. 1998; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 230.268/SP. Segunda Seção. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data de Julgamento: 11 dez. 2002. Data de Publicação: 04 ago. 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 794.586/RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 15 mar. 2012. Data de Publicação: 21 mar. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 299.832/RJ. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 21 fev. 2013. Data de Publicação: 27 fev. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.432.324/SP. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 18 dez. 2014. Data de Publicação: 04 fev. 2015.

ponsabilidade objetiva; (ii) a atividade de tratamento de dados não constitui risco de *per se*, não sendo hipótese de aplicação da teoria do *risco proveito*, teoria segundo a qual aquele que tem benefício econômico, responde objetivamente⁵⁹; (iii) também não constitui hipótese de aplicação da teoria do *risco criado*, que determina que a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral⁶⁰ e

59 Pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi onus*. O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem. A sua grande dificuldade, todavia, está na conceituação do proveito. Quando se pode dizer que uma pessoa tira proveito de uma atividade? Será necessário obter um proveito econômico, lucro, ou bastará qualquer tipo de proveito? Se proveito tem o sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade fundada no risco proveito ficará restrita aos comerciantes e industriais, não sendo aplicável aos casos em que a coisa causadora do dano não é fonte de ganho. Ademais, a vítima teria o ônus de provar a obtenção desse proveito, o que importaria o retomo ao complexo problema da prova (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 153).

60 A teoria do risco criado tem, entre nós, como seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim a sintetiza: "aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo" (*Responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 24). No entender elo ilustre Mestre, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido a imprudência, a negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da ideia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano: Procura o Mestre estabelecer as distinções entre a teoria do risco-proveito e a do risco criado, enfatizando que nesta última não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. É óbvio que se supõe que a atividade pode ser proveitosa para o responsável. Mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. *O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente. A teoria do risco criado, conclui o Mestre, importa ampliação do conceito do risco-proveito*. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade. *Ibidem*. p. 268 e 282-283. (*grifos nossos*).

(iv) contraria a lógica estabelecida pela própria LGPD, que prevê diversos *standards* de conduta a serem adotados pelos agentes de tratamento.⁶¹

Os argumentos acima apresentados confirmariam a inadequação da aplicação da responsabilidade objetiva como regra, uma vez que é necessário distinguir entre os agentes de tratamento que não tiveram qualquer preocupação em evitar o dano, daqueles que empreenderam todos os esforços previstos, inclusive, na própria LGPD, para que o dano não ocorresse. Tal posição dialoga diretamente com os efeitos decorrentes das alterações da noção de culpa até o limiar da denominada culpa objetiva em nosso ordenamento jurídico, muito bem sintetizada por Anderson Schreiber em seu trabalho sobre ‘Os Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil’:⁶²

Poucos conceitos jurídicos sofreram, nos últimos séculos, tantas transformações em sua ontologia quanto à culpa. A já retratada insuficiência da acepção psicológica de culpa – “essa espécie de pecado jurídico” – diante das transformações sociais e econômicas, na medida em que estimulava o recurso a presunções e o desenvolvimento de uma responsabilidade essencialmente objetiva, exigia, dos defensores da culpa, a continuada revisão do conceito. Gradativamente, foi perdendo espaço a concepção da culpa como *stato d’animo* do agente. Preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das difi-

61 Apesar dos inúmeros argumentos para aplicação da responsabilidade civil subjetiva, quando a violação à proteção de dados decorrer de uma relação entre um agente de tratamento (controlador ou operador) e um consumidor, nos termos do art. 45 da LGPD, será aplicado o diploma consumerista que determina responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou fato do serviço.

62 SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 34.

culdades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada culpa objetiva.

Dessa forma, o instituto passa ser compreendido como ‘erro de conduta’ analisado a partir da capacidade e das condições do agente responsável, justificando, assim, a denominação “culpa objetiva” ou “culpa normativa”, uma vez que se baseia num juízo normativo entre a conduta e o modelo de comportamento.

Observa-se, nesse particular, que o parâmetro para responsabilização, deve considerar a premissa de que o agente de tratamento precisa comprovar que se comportou de acordo com os *standards* de conduta estabelecidos em lei.⁶³

A LGPD em seu artigo 6º estabelece princípios que devem ser respeitados para o cumprimento de deveres jurídicos que são importantes para materialização da governança em proteção de dados e que influenciam o artigo 46 no capítulo de “segurança e boas práticas da lei”.⁶⁴

Além disso, existem *standards* de boas práticas – como os internacionais indicados pela *International Organization for Stand-*

63 PINHEIRO, Caroline da Rosa. *Os impactos dos programas de integridade (compliance) sobre os deveres e responsabilidade dos acionistas controladores e dos administradores de companhia*. (Tese Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 158.

64 LGPD, art. 6º: “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; [...] X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”.

LGPD, art. 46. “Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”.

ardization ou mesmo nacionais como os recomendados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – que são frequentemente utilizadas como parâmetro para aplicação de medidas implementadas *interna corporis* de alguns agentes de tratamento, podendo servir como indicativo de conformidade dos agentes de tratamento e, conseqüentemente, como parâmetro tanto para a aplicação de sanções administrativas como de responsabilização civil.

Sendo assim, ao instituir um capítulo para segurança e boas práticas, a LGPD – além de acolher a responsabilidade subjetiva desvela, na linha do que vem ocorrendo em ordenamentos estrangeiros – indicaria o reconhecimento sobre a necessidade de instituição de mecanismos de governança e programas de integridade, verdadeiras formas de autorregulação regulada, responsáveis pelo aperfeiçoamento da estrutura das organizações.

3.2.III. Diferença entre as excludentes previstas no CDC (arts. 12, § 3º e 14, § 3º) e na LGPD (art. 43).

A semelhança dos dispositivos da LGPD em relação aos do Código de Defesa do Consumidor foi suscitada no item 3.1 como justificativa para aplicação da lógica consumerista ao regime de responsabilidade pelo tratamento de dados pessoais. Todavia, o CDC, em seus artigos 12 e 14, utiliza expressamente o termo “independentemente de culpa”, para designar a responsabilização objetiva, enquanto a LGPD, ao indicar a responsabilidade do agente de tratamento, não faz qualquer alusão nem à culpa e nem ao risco, afastando a interpretação nesse sentido, conforme se verifica em seus artigos 42 e seguintes.

Aliás, ainda que se reconheça alguma semelhança entre os incisos I e III do art. 43 da LGPD, com o art. 12, § 3º ou art. 14, § 3º do CDC⁶⁵, não deve o intérprete se exonerar de uma adequada leitura do

65 CDC, art. 12. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados

inciso II do art. 43⁶⁶ sob o pretexto de similitude entre os diplomas, sobretudo porque o citado dispositivo afirma, expressamente, que a caracterização da responsabilidade depende de “violação à legislação de proteção de dados”. Assim é que, quando não houver comprovação de que o agente de tratamento não violou a LGPD, não é razoável a defesa da responsabilização. Nessa linha, quando os *standards* de conduta forem devidamente observados, em estrito cumprimento da legislação, não existe dever de indenizar por parte do agente de tratamento diligente, em clara referência à análise de culpabilidade.⁶⁷

A linha de raciocínio demonstra que a relação de causalidade do art. 43, II da LGPD - com grau de subjetividade muito mais acentuado -, é absolutamente distinta da prevista no art. 12, §3º, inciso II do CDC e endereça, por assim dizer, o elemento culpa como fundamento da responsabilidade civil a ser aplicada.

3.2.IV. A indicação da própria LGPD do regime de responsabilidade subjetiva.

O art. 43, *caput*, da LGPD apresentaria o que alguns chamam de sistema intermediário de culpa presumida, inspiração do código

aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

“§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado; II - *que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste*; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. (*grifos nossos*).

66 Art. 43. “Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - *que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados*; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro”. (*grifos nossos*).

67 GUEDES, Gisela; MEIRELES, Rose. Op. cit. p.124.

civil italiano⁶⁸ e português.⁶⁹ A leitura é feita a partir da redação do trecho: “só não serão responsabilizados quando provarem”. Sobre a questão, esclarecem Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio Guedes e Aline Terra:

Presume-se a culpa do agente, mas esta pode ser afastada se ele conseguir demonstrar que observou o *standard* de conduta esperado, empregando medidas idôneas para evitar o dano. A presunção é, portanto, relativa. O art. 43 da LGPD seguiu exatamente esse caminho, preferindo estabelecer um sistema de presunção de culpa, do que adotar o modelo objetivo de responsabilidade e, nesse aspecto, afasta-se completamente do Código de Defesa do Consumidor.⁷⁰

No sistema de culpa presumida não parece existir responsabilidade objetiva, mas sim um sistema intermediário em que, cumpridas as exigências legais, ainda que o ônus probatório recaia sobre o autor do dano, há o afastamento do dever de indenizar. A redação da LGPD se aproxima desse sistema. A título de exemplo, o art. 50 § 2º, inciso I da LGPD, dispõe sobre a aplicação de mecanismos para controle dos processos a partir do “programa de governança em privacidade”.

68 II Código Civil Italiano de 16 de março de 1942. *Approvazione del testo del Codice Civile*. Edição extraordinária do Diário da República n.º 79 de 4 de abril de 1942, art. 2.050: “[...] qualquer um que cause dano a outros no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”.

69 Art. 493 (2) do Código Civil Português: “[...] quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.

70 TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela. S. da C. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.pdf. In: *Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. 04: Volume 04*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 255.

Num cenário de discussão sobre danos causados ao titular, presume-se a culpa do agente de tratamento, mas este pode provar que obedeceu às normativas externas e internas, conseqüentemente, provando a obediência a um *standard* de conduta exigido pela lei. A presunção é, portanto, relativa.

O *caput* do art. 44 trata da responsabilidade qualificada pela irregularidade do tratamento. Contudo, o seu § único⁷¹ também prestigia a responsabilidade subjetiva, fazendo referência à culpa ao estabelecer que o controlador ou o operador responderão pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados quando “deixar de adotar medidas de segurança previstas no art. 46”. O dispositivo parece deixar claro que eventual dano resultante do tratamento dos dados pessoais será avaliado a partir da observância dos parâmetros instituídos pela própria LGPD, ou seja, vincula a ocorrência do dano a não adoção do comportamento, indicando claramente a necessidade do exame da culpa.

Por fim, também vale destacar o conteúdo do art. 45 da LGPD que trata da prevalência do CDC nas relações de consumo e prevê que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”.

Parece evidente que o legislador entende que o regime instituído pela LGPD é distinto daquele previsto no CDC. Não fosse assim, porque o artigo 45 determinaria, para tratamento de dados pessoais nas relações consumeristas, a aplicação do regime de responsabilidade do CDC? Obviamente a responsabilidade civil nas demais relações

71 LGPD, art. 44. “O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: [...] Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano”.

abarcadas pela LGPD pertencem a regime de responsabilidade diverso daquele.⁷²

Além disso, é importante lembrar que o CDC exige, para caracterização da responsabilidade civil objetiva, a presença do defeito, de forma que a aplicação desse regime de responsabilidade como regra na LGPD, resultaria em adoção de um regime mais gravoso pela legislação de proteção de dados do que prevê o próprio CDC.

3.3. Nem uma coisa nem outra: responsabilidade civil especial e responsabilidade civil proativa.

Conforme destacado no presente trabalho, é consenso que a LGPD não esclarece expressamente a natureza jurídica de sua responsabilidade. Todavia, a lei, no compasso do que estabelece a legislação que a inspirou (GDPR) parece, na opinião de alguns autores, instituir um sistema misto de imputação objetiva, deixando um razoável número de hipóteses de responsabilidade objetiva a cargo do legislador e as demais pela construção doutrinária e jurisprudencial.⁷³

Além disso, é comum pensar que a teoria objetiva e a teoria subjetiva da responsabilidade civil são opostas, mas isso não necessariamente é verdade. A primeira por preconizar o princípio da solidariedade e dividir as consequências de se viver em sociedade ao adotar uma obrigação objetiva de indenizar, independentemente de culpa, e a teoria subjetiva, por sua vez, por representar a epistemologia da “responsabilidade” ao atuar como instituto coibidor de condutas

72 Não vamos adentrar aqui na cabível discussão sobre o que será feito em relação à responsabilidade do profissional liberal em matéria de proteção de dados, uma vez que – até mesmo o CDC – estabelece responsabilidade civil subjetiva para a categoria. Certamente, a questão precisará ser enfrentada por aqueles que persistem no argumento da responsabilidade civil objetiva.

73 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*.^{4ª} ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 478.

consideradas inaceitáveis, tendo a culpa como seu principal fundamento.

Alguns autores⁷⁴ indicam que as teorias objetiva e subjetiva não são opostas, mas, na verdade, constituem um contínuo, sendo importante entender os diversos nexos de imputação existentes. Dessa forma, a ideia é a manutenção de vários fatores de imputação de danos (risco, culpa, etc.), cada um com seus próprios fundamentos.

[a] substituição do princípio da culpa pelo princípio do risco ocorrerá com base nas considerações das consequências de uma conduta no ambiente social, tido agora como critério hermenêutico de escolha de uma regra de decisão. Essa valorização social assumirá uma função não apenas corretiva, mas constitutiva de princípios.⁷⁵

Muitas vezes a norma pode não estar em busca de um culpado (teoria subjetiva), nem do agente dirigente do risco da atividade (teoria objetiva), mas sim de alguém que assegure o reequilíbrio patrimonial da vítima, como parece preconizar o § 1º do art. 42 da LGPD ao utilizar a expressão “[a] fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados”. Nesse sentido, a maior injustiça seria que a vítima do dano tivesse que suportar sozinha seus efeitos.

Também é possível uma obrigação objetiva de indenizar, independentemente de culpa, por danos oriundos de violações à *dados sensíveis*, uma vez que as informações extraídas desse tipo de dado podem impactar de maneira mais severa na esfera dos direitos de personalidade do sujeito. Portanto, haveria um *plus* protetivo específico em relação às atividades relacionadas a dados sensíveis, sem que o mesmo escudo acolhesse as atividades relacionadas a dados não sensíveis. Sendo assim, a LGPD albergaria tanto o regime objetivo quanto

74 Loc. cit.

75 Ibidem., p.478.

o subjetivo de responsabilidade a depender do tipo de dados a serem tratados. Portanto, a obrigação objetiva de indenizar para danos relativos à dados sensíveis não parece ter o condão de transformar o regime geral da LGPD em responsabilidade civil objetiva como regra, parece, na verdade, que a LGPD poderia ser interpretada de acordo com as regras previstas no sistema de direito privado, moldando sua remediação a cada situação prática.

Indo mais a fundo, seria possível extrair da LGPD que sua real intenção não seria de dispor sobre danos, mas sim sobre a função preventiva da responsabilidade civil (*accountability*), conforme inclusive preconizado em um de seus princípios previsto no inciso X do artigo 6º. Ou seja, a discussão não seria sobre indenização, mas sobre inibir a ocorrência do dano em matéria de proteção de dados.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato são defensores de uma terceira modalidade de responsabilidade, dita “*ativa*” ou “*proativa*”. Para os autores, a LGPD não teria adotado nem a responsabilidade objetiva e nem a ideia tradicional de responsabilidade subjetiva. Com fundamento no art. 6º, X, não basta cumprir os artigos da lei, mas antes, será necessário também a *efetiva demonstração* “da observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”. Portanto, não descumprir a lei não é mais suficiente.⁷⁶

A partir do panorama sobre o regime de responsabilidade civil instituído da LGPD, verifica-se a complexidade e os desafios impostos à proteção de dados atualmente, sendo fundamental o esforço de garantir, em alguma medida, a compatibilização do desenvolvimento tecnológico com a preservação de direitos fundamentais.

76 MORAES, Maria Celina Bodin de; QUINELATO, João. Autodeterminação informativa e a responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer, nº 3. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, p. 129.

4. Considerações finais.

Diante de todo o exposto, resta evidente que o único consenso consiste no fato de que o legislador não foi claro em relação ao regime de responsabilidade civil adotado pela Lei Geral de Proteção de Dados em caso de violação de dados pessoais pelos agentes de tratamento, o que fomenta na doutrina a utilização de argumentos razoáveis capazes de sustentar diferentes posições, conforme destacado ao longo da seção 3.

A obrigação objetiva de indenizar pode ser defendida, por exemplo, em função de suas similaridades com o Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, com fundamento no risco que a atividade de tratamento de dados envolve, mormente diante da correlação entre proteção de dados pessoais e sua definição como direito fundamental.

Por outro lado, a aplicação do regime de responsabilidade civil subjetiva encontra seu fundamento principal nos standards de conduta preconizados pela própria LGPD, cujo objetivo é direcionar as ações dos agentes de tratamento, permitindo, por assim dizer, análise do elemento culpa. Verificou-se que a opção do legislador, ainda no projeto de lei, de retirar do texto os termos que indicariam a responsabilidade objetiva, pode reforçar a ideia de que o regime aplicável requer o exame da conduta. Além disso, indicou-se que existem distinções significativas contidas no texto da LGPD em relação ao CDC, o que pode enfraquecer o argumento de que a proteção de dados segue, em matéria de responsabilidade civil, a mesma lógica do diploma consumerista.

Na seção 3.3, buscou-se indicar perspectivas que fujam da simples dicotomia objetivistas versus subjetivistas. Algumas propostas buscam uma coexistência entre as teorias aparentemente contrapostas, apontando uma perspectiva diferente, de complementaridade entre imputação objetiva e subjetiva, de forma assegurar o reequilí-

brio patrimonial da vítima impedindo-a de suportar sozinha os efeitos dos danos que lhe foram causados. Outras, procuram distinguir os tipos de dados pessoais, indicando um cunho protetivo diferenciado em relação à violação de dados sensíveis, caracterizado por uma obrigação objetiva de indenizar, uma vez que nessas hipóteses pode ocorrer impacto mais expressivo na esfera dos direitos de personalidade do indivíduo.

Uma das questões que, provavelmente, será considerada em uma tomada de decisão final acerca do regime de responsabilidade civil da proteção de dados se refere ao confronto entre, por um lado, as eventuais limitações ao desenvolvimento tecnológico, econômico e social que podem advir de uma responsabilização das atividades de tratamento de dados e, por outro, o necessário respeito aos direitos e garantias fundamentais dos titulares de dados, bem como a forma de possibilitar o efetivo exercício de sua autodeterminação informativa.

Se há algo que a história tem nos ensinado é que não há prosperidade social sem crescimento econômico e a transformação digital é parte relevante desse processo em uma economia de dados. Mas o mesmo processo histórico nos relembra, de tempos em tempos (muitas vezes de forma severa), que não há verdadeiro desenvolvimento (econômico, tecnológico ou de qualquer outra natureza) sem respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Entre o mar e rochedo, o Poder Judiciário e a ANPD precisarão buscar a harmonização das forças em aparente antagonismo.

SANEAMENTO DA SOCIEDADE ENVOLVIDA EM ATOS DE CORRUPÇÃO POR MEIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

CORRUPT COMPANY RESTRUCTURING THROUGH JUDICIAL REORGANIZATION

Mauro Teixeira de Faria

Resumo: Por meio do presente estudo buscou-se analisar se seria correto enxergar o combate à corrupção como uma das causas da crise financeira de uma sociedade empresária envolvida em atos de corrupção que, de forma determinante, a levou a ajuizar uma recuperação judicial. Essa análise parte do fato de que boa parte das sociedades empresárias que foram atingidas pelas investigações e denúncias no contexto investigações relacionadas à prática de corrupção, como a Operação Lava Jato, optou pelo ajuizamento de processos de recuperação judicial ou extrajudicial, por meio dos quais buscou-se a reestruturação de seus respectivos passivos. A análise das premissas em torno do tema e dos casos concretos de maior destaque revelou que os processos de recuperação judicial têm sido utilizados para saneamento da sociedade empresária envolvida em atos de corrupção. O estudo do tema indica que o combate à corrupção não seria exatamente a causa da crise que enseja o pedido de recuperação judicial, mas demonstra a necessidade de readequação das estruturas após a descoberta pelas sociedades empresárias dos atos de corrupção e em consequência da revelação pública dos malfeitos. Por sua vez, a utilidade dos processos de recuperação judicial, como pode ser lido no artigo, advém da necessidade de ajustes para uma prática da atividade empresarial de forma competitiva e sustentável.

Palavras-chave: Insolvência. Recuperação Judicial. Reestruturação. Anticorrupção.

¹ Artigo recebido em 27.09.2020 e aceito em 15.11.2020.

Abstract: The present study aimed at analyzing whether it would be correct to see the fight against corruption as one of the causes of the financial crisis that is decisive for the filing of judicial reorganization by the corrupt company. This analysis has at its perspective the fact that many companies affected by investigations and denunciations in the context of police or investigative operations related to the practice of corruption, such as *Operação Lava Jato*, have opted for the filing of judicial or extrajudicial recovery proceedings, through which sought to restructure their respective liabilities. The analysis of the premises around the theme and the concrete cases of greater prominence revealed that the processes of judicial recovery have been used to sanitize the corrupt company. In the end, it was concluded that the fight against corruption is not the cause of the crisis that provokes the request for judicial recovery, but it demonstrates the need to re-adjust the structures after the companies' discovery of the acts of corruption. In turn, the usefulness of judicial recovery processes, as can be read in the article, comes from the need for adjustments to a practice of business activity in a competitive and sustainable way.

Keywords: Insolvency. Judicial reorganization. Restructuring. Anti-Corruption.

Sumário: Introdução. 1. Breves notas sobre o Sistema Brasileiro Anticorrupção. 2. O combate à corrupção é a causa da crise das sociedades empresárias envolvidas nos atos de corrupção e de seus pedidos de recuperação judicial? 3. A recuperação judicial é uma alternativa útil ao saneamento da sociedade empresária envolvida em atos de corrupção? Conclusão.

Introdução.

O Brasil viveu momento especial em sua história, no qual um positivo esforço de combate à corrupção nas sociedades empresárias

se destacou. Foram revelados verdadeiros esquemas organizados de corrupção nos mais diversos níveis da sociedade, em especial dentre os funcionários públicos e sociedades empresárias que contratam com o Poder Público.

Ao lado das operações de combate à corrupção – e até mesmo como fator de seu impulsionamento – ganhou verdadeiro destaque a Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção” ou “LAC”) que, de fato, surgiu de forma inovadora no ordenamento jurídico ao disciplinar a responsabilização objetiva de sociedades empresárias que tenham adotado no cotidiano de suas atividades atos de corrupção.

Nesse contexto de combate a corrupção, percebeu-se na prática reflexos financeiros negativos em diversos setores, em especial, infraestrutura e óleo e gás, uma vez expostas as irregularidades de atuação de sociedades empresárias que contratavam usualmente com o Poder Público.²

Por sua vez, a crise econômico financeira experimentada pelo Brasil nos últimos anos resultou em substancial deterioração da situação financeira das sociedades empresárias. Essa crise impactou diretamente a geração de novos negócios e contribuiu com a deterioração dos fluxos de caixa das sociedades. Consequentemente, notou-se um aumento nos requerimentos de falência e na maior utilização dos pedidos de recuperação judicial e extrajudicial por sociedades empresárias, instrumentos previstos na Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial – “LRF”).

2 Sobre o assunto, bem pontua Marcelo Sacramone: “Seja como contrapartida por empréstimo de recursos a partidos políticos, seja mediante contraprestação pela doação de recursos não contabilizados para candidatos em campanha eleitoral, os contratos ilícitos celebrados com a administração pública passaram a ser revelados ao público, cuja ojeriza ou *compliance* acarretou a suspensão do fornecimento de mercadorias e de aquisição de produtos e serviços, com a conseqüente crise econômico-financeira dessas sociedades contratantes” (SACRAMONE, Marcelo. *O acordo de leniência e os contratos realizados sob corrupção*. Migalhas, 21 nov. 2017. Disponível em: «<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI269495,41046-O+acordo+de+leniencia+e+os+contratos+realizados+sob+corrupção>». Acesso em: 22 set. 2020).

A esse respeito, é possível afirmar que os processos de recuperação judicial e extrajudicial mais relevantes do País, considerando-se relevância e capacidade da sociedade empresária ou até mesmo o volume de endividamento, passaram a ter como autoras as sociedades que se relacionam com o Poder Público.

Em especial, houve especial deterioração da situação financeira das sociedades empresárias que foram atingidas frontalmente pelas denúncias e investigações no contexto do combate à corrupção. Essas sociedades empresárias viram-se em um cenário nada adequado: ao passo que resolveriam, de alguma forma, o problema da corrupção enraizada em suas estruturas, a crise financeira e econômica seria óbice ao regular prosseguimento das atividades empresárias.

Boa parte das sociedades empresárias atingidas por reflexos da revelação dos atos de corrupção optou pelo ajuizamento de processos de recuperação judicial ou extrajudicial, por meio dos quais buscou-se a reestruturação de substancial volume de endividamento. Como destacado no título desse artigo acadêmico, observa-se na prática que os processos de recuperação judicial têm sido utilizados para saneamento da sociedade envolvida em atos de corrupção.

Por outro lado, observado o fato acima, surge usualmente dúvida acerca das causas da crise determinantes para o ajuizamento de uma recuperação judicial por essas sociedades empresárias envolvidas em atos de corrupção, em especial se seria correto enxergar o combate à corrupção como uma dessas causas. Se não é causa, como será visto, o combate à corrupção demonstra a necessidade de readaptação das estruturas de capital da sociedade empresária após a descoberta dos atos de corrupção.

Este estudo busca analisar essas premissas sob as diversas perspectivas que as cercam: o combate à corrupção, a utilidade dos processos de recuperação judicial e a necessidade de ajustes para uma prática competitiva sustentável. A esse respeito, não se dispôs uma análise objetiva do Sistema Anticorrupção Brasileiro,³ a ava-

3 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O Sistema Brasi-

liação de importantes institutos pertinentes ao estudo, bem como a análise de dados e relevantes casos concretos, em especial as recuperações judiciais de sociedades empresárias investigadas no âmbito da Operação Lava Jato.

Ao final, pretende-se indicar possíveis argumentos para que sejam respondidas duas perguntas objetivas: as operações de combate à corrupção são a causa da crise das sociedades empresárias envolvidas em atos de corrupção e até mesmo o fator determinante do ajuizamento de recuperações judiciais? Além disso, as recuperações judiciais são alternativas úteis para o desejável saneamento da sociedade envolvida em atos de corrupção?

1. Breves notas sobre o Sistema Brasileiro Anticorrupção.

A economia globalizada revelou esquemas corruptivos internacionais complexos, extremamente nocivos ao desenvolvimento socioeconômico. Não seria mais possível, assim, enxergar o problema da corrupção como algo isolado ou tampouco restrito ao âmbito nacional.

Não foi em outro contexto que se proliferaram os debates em importantes entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos, Organização dos Estados Americanos, Organização Mundial de Comércio, Câmara de Comércio Internacional, Fundo Monetário Internacional, o Conselho da União Europeia e o Banco Mundial.

No Brasil, País que se encontrava em pleno crescimento, a corrupção causa um impacto estrondoso e direto na própria sociedade. Nas palavras do Professor Modesto Carvalhosa, a “corrupção sistêmica que se alastrou em todos os níveis, com a predominante par-

leiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846-2013. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 193-206, 2014.

ticipação das pessoas jurídicas que se relacionam com o Poder Público, constitui uma crise moral do Estado que rompeu os laços de confiança entre a cidadania e as autoridades”.⁴ A esse respeito, confira-se essa importante lição, na qual também se pode encontrar importantes apontamentos sobre os primórdios da corrupção nacional:

O caráter patrimonialista dessas relações corruptivas é absolutamente sistêmico, recompondo-se e se aperfeiçoando independentemente da mudança dos partidos no poder, numa continuidade linear.

Nesse passo, a corrupção se produz em dois sentidos (i) por iniciativa dos próprios agentes públicos, ao se apropriarem de percentagem do valor dos contratos administrativos e de seus irregulares aditamentos e (ii) por iniciativa da pessoa jurídica que se conduz de forma ampla e não apenas centrada em um determinado fornecimento ou obra, procurando obter a complacência dos agentes políticos e administrativos assegurando, sempre, o favoritismo delituoso, no presente e no futuro.⁵

Sobre uma concepção mais contemporânea da definição e do fenômeno da corrupção, Maurício Moreira Mendonça de Menezes, pontua o seguinte:

[...] a definição de corrupção evoluiu e modernizou-se, passando a abranger uma série de noções decorrentes de desvios de conduta praticados nas mais variadas hipóteses de inter-relaciona-

4 CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. Lei n. 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

5 *Ibidem*, p. 88.

mento humano, cujo resultado traga uma vantagem injusta para os autores do ilícito, com negativas repercussões socioeconômicas e, possivelmente, políticas, estas a depender do tipo de corrupção.⁶

A LAC surgiu no Brasil não como uma política pública, mas como um “adimplemento de compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional”,⁷ o que se denota por meio da leitura cuidadosa de seu projeto (Projeto de Lei do Poder Executivo nº 6.826-A de 2010). Embora seja perceptível a tentativa de justificar a iniciativa legislativa com base em uma onda de combate à corrupção, fica claro que essa iniciativa advém realmente de compromissos assumidos perante a comunidade internacional. Sem isso, logicamente, o ambiente de negócios brasileiros e sua confiabilidade estariam ainda mais afetados.

Antes da LAC, importantes diplomas legais circundaram o tema, mas com focos diferentes. A Lei nº 8.429/92, a Lei nº 9.613/98 e a Lei nº 10.467/2002, respectivamente, tinham como objetivo a repressão à improbidade administrativa e ao crime de lavagem de dinheiro. Posteriormente, o Decreto nº 3.678/2000 promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, indicativo claro de que se caminhava para a elaboração de uma Lei por meio da qual o ilícito da corrupção teria tratamento merecido e destacado. Além dessas, vale citar as Leis de Parceria Público Privada (Lei nº 11.079/2004), de Licitações (Lei nº 8.666/93), de Filantropia (Lei nº 12.101/2009), Antitruste (Lei nº 12.529/2011), do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei

6 MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. Conformidade anticorrupção e ética corporativa. In: HANSZMANN, Felipe et al. (Org.). *Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais*. Rio De Janeiro: Lumen Juris. v. 1, 2016. p. 335-336.

7 *Ibidem*, p. 344.

nº 13.019/2014), de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), sobre Sigilo das Operações Financeiras (Lei Complementar nº 105/2000), de Mercado de Capitais (Leis nº 4.728/65 e nº 6.385/76), bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Como visto, a LAC é mais um instrumento de combate à corrupção, que tem como pilares,⁸ especificamente, a responsabilização objetiva, civil e administrativa da sociedade empresária⁹ e o incentivo à instituição pelas sociedades empresárias de programas de conformidade.

No que diz respeito ao âmbito corporativo, como consequência dessa legislação especial, surgiram os programas de conformidade, sendo certo que os programas de conformidade são cada vez mais adotados pelas sociedades empresárias.

O objetivo da LAC, assim, também pode ser verificado sob o aspecto de adequação do comportamento social aos seus comandos. Ou seja, por meio de seu efeito dissuasivo, a LAC impõe um novo tipo de comportamento aos agentes que, cientes das punições aplicadas anteriormente aos seus pares, verdadeiramente intimidados, agirão de acordo com os ditames legais. Para além da sociedade empresária, a LAC tende a projetar esse feito para a sociedade, que, sob uma nova ordem de conformidade, também respeitará os bens jurídicos

8 “A criação desta responsabilidade objetiva e a imposição de expressivas penas às pessoas jurídicas podem ser consideradas um dos pilares da nova legislação. O outro e, talvez mais relevante, é o incentivo a criação de mecanismos de “compliance” pelas empresas atuantes no mercado brasileiro” (AGUIAR, André Amaral de. Desvendando a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pelas penas previstas na lei anticorrupção. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p.1-317, mai./out.2015. p. 20).

9 De acordo com Modesto Carvalhosa, esse “regime constitui a transposição para o direito penal-administrativo da teoria da imputação objetiva, que representa o instrumento moderno de julgamento e condenação por parte do juiz criminal, não mais fundado na causalidade tipo-dolo, mas na causalidade conduta-benefício procurado ou obtido pela pessoa jurídica corrupta” (CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 37).

cos protegidos pela norma. Assim, além do efeito dissuasivo citado, pode-se verificar nítida função preventiva e até mesmo educativa nas regras instituídas através da LAC.

Os interesses tutelados pela LAC, por sua vez, são o patrimônio público e os princípios da administração pública (art. 37 da Constituição Federal – “CF”), em especial, impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência e publicidade. No que diz respeito à tutela do patrimônio público, o interesse é verificado precipuamente pela disposição atinente ao ressarcimento ao erário, especificamente da entidade pública lesada¹⁰, dos recursos desviados dos cofres públicos pelos atos de corrupção.

Como consequência da responsabilização pelos atos de corrupção praticados (artigo 5º), a LAC prevê em seu artigo 2º¹¹ a responsabilidade civil dos agentes que praticam atos lesivos em benefício ou interesse próprio ou da sociedade empresária – o que se traduz no ressarcimento integral do dano ao erário – e a administrativa – que ensejará, conforme previsto no artigo 6º¹² do diploma legal em questão, a aplicação de multa às sociedades empresárias consideradas responsáveis pelos atos lesivos e a publicação extraordinária da decisão condenatória com grande destaque em jornais de circulação ampla.

Como afirmado, a LAC inova¹³ no ordenamento jurídico ao

10 BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 92.

11 “Art. 2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

12 “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções [...] I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória.”

13 “Trata-se de inovação legislativa importante, pois permite que não apenas os sócios, os diretores e funcionários da empresa, mas, também, a própria pessoa jurídica seja submetida a

disciplinar a responsabilização objetiva¹⁴ da sociedade empresária¹⁵ pela prática de atos de corrupção em detrimento da administração pública, nacional ou estrangeira, sendo um “[...] importante marco no combate à corrupção no Brasil que, até então, dispunha de normas esparsas no tocante a pessoas jurídicas autoras de atos de corrupção relacionadas com o Poder Público”.¹⁶

A iniciativa, portanto, é logicamente importante. Sem ela o ambiente de negócios brasileiro e sua confiabilidade estariam ainda mais prejudicados.

Pode-se acrescentar que o próprio resultado danoso materializado infirma a ineficiência dos meios adotados pela sociedade empresária para evitá-lo. Sob a ótica da conformidade isso é importante para reforçar a responsabilidade objetiva, mesmo nos casos em que foram adotados os programas de conformidade (*compliance*).

Além disso, em razão da prática dos atos previstos no artigo 5º da LAC e mesmo já tendo sido responsabilizadas na esfera adminis-

um processo de responsabilização civil e administrativa por atos de corrupção” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 221).

14 Marçal Justen Filho cita a criação pela LAC de uma espécie de “corrupção objetiva”, a qual seria “bastante e suficiente à ocorrência de eventos materiais” (JUSTEN FILHO, Marçal. *A “nova” Lei Anticorrupção brasileira*. Lei federal 12.846. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=82&artigo=1110&I=PT>. Acesso em: 15 set. 2020).

15 A LAC utiliza a expressão “pessoa jurídica” ao dispor sobre essa responsabilização. A esse respeito, aproveita-se o ensejo para afirmar que não se desconhece a conceituação técnico-jurídica de “pessoa jurídica”, “empresário”, “sociedade empresária” e “empresa”. No entanto, buscou-se, nessa dissertação, a adoção de termo único, qual seja, “empresa”, para se referir às sociedades empresárias que podem ser objeto de responsabilização pela LAC, dos programas de conformidade, bem como que podem requerer recuperação judicial. Além de uma padronização do discurso, acredita-se que a adoção da expressão “empresa” contribui com uma necessária e desejável compreensão facilitada do texto jurídico, em especial quando se trata de tema afeito ao Direito Comercial. Essa forma de utilização do termo “empresa”, observa o seu conteúdo econômico, como bem destaca José Gabriel Assis de Almeida, segundo o qual nessa “[...] acepção econômica, a empresa significa a organização ou entidade que exerce uma atividade econômica” (ALMEIDA José Gabriel Lopes Pires Assis de. A noção jurídica de empresa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 143, p. 211-229, 1999, p. 212).

16 CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 29.

trativa¹⁷, as sociedades empresárias envolvidas no ato lesivo poderão ser demandadas judicialmente (o que a Lei denomina como “responsabilização judicial”), conforme prescrição do artigo 19 da LAC. Na esfera judicial, União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio das respectivas advocacias públicas ou órgãos de representação judicial equivalentes, bem como o Ministério Público poderão requerer a aplicação de outras sanções.¹⁸

Pode-se destacar, ainda, a possibilidade de celebração pela sociedade empresária do acordo de leniência (artigos 16 e 17 da LAC), uma espécie de “delação premiada” que possibilitará à sociedade empresária uma atenuação das penas impostas em decorrência de atos corruptivos (§ 2º do art. 16, da LAC).

Feitas essas breves considerações a respeito dos mecanismos que formam o Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção, passa-se ao tema central deste artigo acadêmico, iniciando-se por uma análise dos impactos do combate à corrupção ou da implementação das medidas anticorrupção na crise financeira experimentada por determinadas sociedades empresárias, que culminou com pedidos de recuperação judicial.

2. O combate à corrupção é a causa da crise das sociedades empresárias envolvidas nos atos de corrupção e de seus pedidos de recuperação judicial?

“A Lava Jato levou mais uma empresa à recuperação judicial”.

17 “Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.”

18 “I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.”

Declarações como essa se tornaram lugar comum nos debates em torno do combate à corrupção no País e sobre o ajuizamento mais comum de recuperações judiciais pelas sociedades empresárias envolvidas em atos de corrupção. A esse respeito, Ivanildo Figueiredo¹⁹ destacou que a Operação Lava Jato teria gerado um “efeito colateral”, que seria o ajuizamento de recuperações judiciais por essas sociedades, na tentativa de “minimizar os impactos financeiros negativos que resultarão desse processo”.

É comum que se atrele diretamente o resultado financeiro das atividades de uma sociedade investigada ao combate aos atos de corrupção verificados. A premissa se desenvolve a partir da ideia de que, uma vez expostos os malfeitos das sociedades empresárias, com a demonstração de que a corrupção estava arraigada no seio da atividade empresarial, o combate à corrupção empurrou as sociedades empresárias ao abismo da crise. Esse cenário seria ainda mais agravado nos casos em que se tenha imposto sanção pecuniária relevante à determinada sociedade empresária com base na Lei Anticorrupção. Ao final, até mesmo, seria essa crise o lastro para pedidos de recuperação judicial.

Diante disso, é importante que seja avaliado se, de fato, foram as operações de combate à corrupção que, de forma determinante, levaram as sociedades empresárias investigadas ao pedido.

Inicialmente, é importante separar o combate à corrupção em si – que não parece ser causa a uma crise financeira – dos efeitos práticos verificados pela forma com que esse tipo de investigação foi realizado no Brasil.

19 FIGUEIREDO, Ivanildo. *Recuperação judicial e Operação Lava-Jato*. Diário de Pernambuco. Notícia de Política. Recife, 2 ago. 2016. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2016/08/02/interna_politica,658083/ivanildo-figueiredo-recuperacao-judicial-e-operacao-lava-jato.shtml>. Acesso em: 14 set. 2020.

As investigações decorrentes do aparato do Sistema Brasileiro Anticorrupção colocaram a corrupção empresarial em destaque. Verdadeiros esquemas organizados de corrupção foram verificados nos mais diversos níveis da sociedade, em especial dentre os funcionários públicos e sociedades empresárias que contratam com o Poder Público. Dentre elas, destacam-se muitos grupos empresariais e sociedades empresárias tradicionais brasileiros, atuantes, principalmente, nos segmentos de infraestrutura e exploração e produção de óleo e gás natural.

Esses grupos empresariais tiveram suas operações reviradas por intensas investigações de combate à corrupção empresarial e das instituições públicas. As conhecidas conclusões indicaram uma prática corruptiva verdadeiramente arraigada nas sociedades empresárias como um elemento intrínseco, dos negócios.

O *modus operandi* verificado nas diversas operações de combate à corrupção, em especial a Operação Lava Jato, de expor a irregularidade de atuação de sociedades empresárias que contratavam usualmente com o Poder Público, acabou gerando reflexos negativos nas sociedades empresárias.

O combate à corrupção da forma com que foi proposto, somado à crise econômica nacional ocasionou especial deterioração da situação financeira das sociedades empresárias que foram atingidas frontalmente pelas denúncias, investigações e, logicamente, materialização ou possível concretização do passivo de corrupção.

Essas sociedades empresárias viram-se em um cenário nada adequado: ao passo que o combate à corrupção resolveria, de alguma forma, o problema da corrupção enraizada em suas estruturas, a crise financeira e econômica seria óbice ao regular prosseguimento de suas atividades empresariais. Sobre o assunto, bem pontua Marcelo Sacramone:

Seja como contrapartida por empréstimo de recursos a partidos políticos, seja mediante contra-

prestação pela doação de recursos não contabilizados para candidatos em campanha eleitoral, os contratos ilícitos celebrados com a administração pública passaram a ser revelados ao público, cuja ojeriza ou *compliance* acarretou a suspensão do fornecimento de mercadorias e de aquisição de produtos e serviços, com a conseqüente crise econômico-financeira dessas sociedades contratantes.²⁰

O Juiz Daniel Cárnio Costa teve a oportunidade de comentar o impacto da Operação Lava Jato sobre os pedidos de recuperação judicial em reportagem sobre o tema, ressaltando o fator de escassez de recursos para investimentos e as conseqüências para as sociedades empresárias que dependem daquelas investigadas:

O setor de infraestrutura, com os principais agentes envolvidos em um escândalo de corrupção e passando por uma crise extremamente grave, as empresas não têm condição de investir em novos projetos, e quem depende das grandes empresas também não vão conseguir investir em novos projetos.²¹

Somando-se essa constatação ao momento de crise econômica pelo qual passa o País, tem-se o quadro de crise empresarial verificado atualmente. Todas as sociedades empresárias investigadas no âmbito da Operação Lava Jato e de seus desdobramentos passaram ou passam por alguma reestruturação de suas estruturas e renegociação de seus passivos, muitas delas pela via da recuperação judicial de sociedades empresárias.

20 SACRAMONE, Marcelo, op. cit.

21 JOTA. *Lava Jato causa “efeito dominó” em recuperação judicial*. Disponível em: «https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/justica/lava-jato-causa-efeito-domino-em-recuperacao-judicial-03112016» Acesso em: 20 set. 2020.

Não se pretende adentrar com maiores detalhes nos meandros da Operação Lava Jato, mas apenas na tentativa de conferir uma boa compreensão da relação das sociedades empresárias investigadas no âmbito dessa operação, que serão citadas neste artigo, vale destacar que o esquema de corrupção deflagrado envolvia quatro grandes grupos de agentes, as empreiteiras, os funcionários da Petrobras, os operadores financeiros e os agentes políticos.²²

As primeiras investigações levadas adiante pela Controladoria Geral da União no contexto da Operação Lava Jato tiveram como alvo as seguintes sociedades empresárias ou grupos econômicos: Alumini Engenharia S. A., Grupo Andrade Gutierrez, Grupo Schahin, Grupo Camargo Corrêa, Ecovix Construções Oceânicas S. A., Fidens engenharia S. A., Galvão Engenharia S. A., GDK S. A., Inepar S.A Indústria e Construções, Lupatech S. A., Grupo Mendes Júnior, Grupo O. A. S., Grupo Promon e Grupo UTC. Posteriormente, os Grupos Odebrecht e Queiroz Galvão e a Sete Brasil integrariam o grande grupo de investigados.²³

Embora não se possa relacionar objetivamente as causas da crise com a Operação Lava Jato, conforme premissas já expostas e pelo fato de que essas sociedades empresárias não reconheceram isso expressamente na petição inicial de seus pedidos de recuperação judicial, fato é que após deflagração da operação em questão, apenas os Grupos Promon, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez²⁴ ainda não

22 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *A Lava Jato em números no Paraná*. Disponível em: «<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>» Acesso em: 18 set. 2020.

23 As denúncias em face das empresas destacadas nesta dissertação foram realizadas principalmente no âmbito da Operação Lava Jato. Parte delas advém de operações secundárias que partiram das investigações do grupo de trabalho da Lava Jato, partindo-se de indícios de corrupção obtidos no curso da operação principal, como as Operações “Radioatividade”, “Pripyat”, “Irmandade”, “Calicute”, “Eficiência”, “Mascate”, “Hic et Ubique”, “Lavagem Angra 3”, “Tolypeutes”, “Saqueador”, “Fatura Exposta”, “Ratatouille”, “Obstrução de Justiça”, “Sépsis”, dentre outras, realizadas nos núcleos da operação situados no Rio de Janeiro e Distrito Federal.

24 Os Grupos Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez, no entanto, passaram por operações de

buscaram a reestruturação de passivos por meio de pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial.

As seguintes sociedades empresárias, cujos nomes são acompanhados de seus passivos concursais, ajuizaram pedidos de recuperação judicial com o intuito de se reestruturarem: Galvão Engenharia S. A. (R\$ 1.997.918.823,00),²⁵ Mendes Júnior Trading e Engenharia S. A. (R\$ 400.000.000,00),²⁶ GDK S. A. (R\$ 390.000.000,00),²⁷ Grupo Schahin (R\$ 5.850.704.136,67),²⁸ Alumni Engenharia S. A. (R\$ 800.000.000,00),²⁹ Grupo Inepar (R\$ 4.052.405.219,78),³⁰

renegociação de dívida, conforme amplamente noticiado. No Grupo Odebrecht, a recuperação extrajudicial foi o instrumento utilizado para reestruturação do passivo do braço de óleo e gás do grupo.

25 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0093715-69.2015.8.19.0001. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Galvão Participações S.A.

26 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 0579058-27.2016.8.13.0024. 1ª Vara de Falências e Concordatas da Comarca de Belo Horizonte. Mendes Junior Trading e Engenharia S. A.

27 BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Processo nº 0301672-98.2013.8.05.0001. 1ª Vara Empresarial da comarca de Salvador. GDK S. A.

28 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1037133-31.2015.8.26.0100. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo. Base Engenharia e Serviços de Petróleo e Gás S.A.; Schahin Holding S/A; Schahin Administração e Informática Ltda ; Schahin Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Schahin Desenvolvimento Imobiliário S/A; Schahin Securitizadora de Créditos Financeiros S/A; Companhia Schahin de Ativos; Foxborough Participações Ltda.; HHS Participações S/A; MTS Participações Ltda. ; S.M. Participações S/A.; S2 Participações Ltda.; Satasch Participações Ltda.; Schahin Holdco Ltd.; Schahin Oil & Gas Ltd.; Casablanca International Holdings Ltd.; Carlyle's International Holding Ltd.; M&S Drilling LLC; South Empire International LLC; Pelican Drilling Services Ltda; Deep Black Drilling LLP; Deep Black Drilling Lc; Riskle Holding GmbH; Black Salt Drilling LLC; Black Diamond Drilling LLC; Black Oil Drilling LLC; e Black Treasure Drilling LLC. Por conta de inadimplemento de planos de recuperação judicial aprovados pelos credores e homologados pelo Juízo, tiveram seus processos de recuperação judicial convalidados em falência as empresas Schahin Engenharia; Schahin Holding, Schahin Empreendimentos Imobiliários; Schahin Desenvolvimento Imobiliário; Companhia Schahin de Ativos, Deep Black Drilling e MTS Participações.

29 Idem. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1002851-64.2015.8.26.0100.

OAS S. A. (R\$ 9.192.347.643,13),³¹ Grupo Ecovix/Engevix (R\$ 7.000.000.000,00),³² Lupatech S. A. (R\$ 2.000.000.000,00),³³ Grupo Sete Brasil (R\$ 18.000.000.000,00),³⁴ Constellation Oil Services Holding (do Grupo Queiroz Galvão – R\$ 5.700.000.000,00)³⁵ e Odebrecht S.A. (R\$ 48.500.000.000,00).

2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo. Alumni Engenharia S.A.

30 Idem. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1010111-27.2014.8.26.0037; 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo. Inepar S/A Indústria e Construções.

Inepar Equipamentos e Montagens S.A., Inepar Administração e Participações S/A, IESA - PROJETOS E EQUIPAMENTOS E MONTAGENS, IESA Óleo & Gás S/A, Inepar Telecomunicações S.A., Iesa Transportes S/A e Inepar S/A Indústria e Construções, Inepar Equipamentos e Montagens S.A.

31 Idem. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1030812-77.2015.8.26.0100. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo. OAS S/A, Construtora OAS S/A, Oas Empreendimentos S/A, SPE Gestão e Exploração de Arenas Multiuso S/A, OAS Infraestrutura S/A, OAS Imóveis S/A, OAS Investments GMBH, OAS Finance Limited e Oas Investimentos S/A.

32 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 0021114-08.2016.8.21.0023. 2ª Vara Cível da comarca de Rio Grande. Engevix Sistemas de Defesa Ltda., Rg Estaleiros S.A., Rg Estaleiro ERG1 S.A., Rg Estaleiro ERG2 S.A., Rg Estaleiro ERG3 Industrial S.A., Ecovix Construções Oceâncias S.A., Engevix Sistemas de Defesa Ltda.,

33 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1050924-67.2015.8.26.0100. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo. Lupatech - Equipamentos e Serviços Para Petróleo Ltda., Lupatech S. A., Mipel Indústria e Comércio de Válvulas Ltda., Amper Amazonas Perfurações Ltda., Itacau Agenciamentos Marítimos Ltda., Lochness Participações S/A, Matep S/A Máquinas e Equipamentos, Prest Perfurações Ltda., Lupatech Perfuração e Completação Ltda., Sotep Sociedade Técnica de Perfuração S.A e Lupatech Finance LTD.

34 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0142307-13.2016.8.19.0001. 3ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro. Sete Brasil Participações S.A.; Sete Investimentos I S. A.; Sete Investimentos II S. A.; Sete Holding GMBH; Sete International One GMBH; e Sete International Two GMBH.

35 Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0288463-96.2018.8.19.0001. 1ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro. Serviços de Petróleo Constellation S.A., Constellation Overseas Ltd., Constellation Services Ltd., Gold Star Equities Ltd., Lancaster Projects Corp., Laguna Star Ltd., Lone Star Offshore Ltd., Olinda Star Ltd., Snover International Inc., Star International Drilling Ltd.

É importante deixar claro que o combate à corrupção, no entanto, não pode ser visto como uma das “razões da crise econômico-financeira” que devem ser expostas na petição inicial de um requerimento de recuperação judicial (artigo 51, da LRF). As políticas anticorrupção são o remédio (*parte do tratamento*) e não, ao contrário, a doença.

Não foi, portanto, a política anticorrupção que causou a crise em determinada sociedade empresária, mas, em verdade, o artificialismo no resultado gerado pela adoção de prática de atos de corrupção como elemento próprio do negócio, como já citado. Os balanços que antes indicavam receitas substancialmente altas, na verdade, estavam inflados por sobre-preço ou mascaravam propinas que, tempos depois, teriam como destinatários agentes públicos corruptos. Ou seja, o suposto resultado positivo divulgado pela sociedade empresária era completamente distante de uma realidade empresarial desenvolvida com respeito à competição sustentável, confirmando-se a premissa de que a corrupção é uma das formas ilegais de maximização de lucros que desequilibra de maneira substancial os mercados.³⁶

A esse respeito, ao se referir à globalização da corrupção³⁷, já citada acima, Fábio Ulhoa Coelho destaca que a prática corruptiva desequilibra os mercados e distorce as condições da competição:

A corrupção é pauta da globalização. Países mais tolerantes com a prática criminosa acabam distor-

36 SOUZA, Ricardo Inglez de, OLIVEIRA, Luciana Dutra de. Lei Anticorrupção e a Defesa da Concorrência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 201-211, v. 947, 2014. p. 205.

37 Dentro desse contexto, Modesto Carvalhosa ressalta que “[...] uma mesma multinacional conduz-se dentro das regras éticas em um determinado país e, ao mesmo tempo, age de maneira delituosa em outro, corrompendo suas autoridades e funcionários, fraudando licitações, cartelizando-se e contribuindo, dessa forma, para a criação e a manutenção de um regime administrativo, legislativo e judiciário moldado pela corrupção [...]”. Ou seja, pode-se perceber a corrupção, além de tudo que se diz dela com razão, como um elemento que efetivamente desequilibra a competição (CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 100).

cendo as condições de competitividade de sua economia. Grandes obras de infraestrutura, acesso às concessões públicas e às parceiras público-privadas, bem com a presença no bilionário mercado de fornecimento de bens e serviços para os governos não são, nos países tolerantes com a corrupção, segmentos competitivos, abertos às empresas globais na salutar disputa por melhor qualidade a preços menores.³⁸

Como destacam Ricardo Inglez de Souza e Luciana Dutra de Oliveira Silveira, “há algum tempo se fala da interação entre corrupção e concorrência”, parecendo existir verdadeiro consenso “no sentido de quanto mais concorrência, menos corrupção, e vice-versa”³⁹.

Os mesmos autores afirmam, ainda, no contexto de uma análise sobre interseções entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Defesa da Concorrência, que a corrupção é uma das formas ilegais de maximização de lucros que desequilibra os mercados.⁴⁰

A esse respeito merece destaque a citada nota introdutória de estudo da OCDE intitulado “*Fighting corruption and promoting competition*”:

Economists have attempted to explore correlations between competition and corruption. The

38 COELHO, Fabio Ulhoa. *Acordo de leniência e a Recuperação Judicial da Corruptora*. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MANFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 291.

39 SOUZA, Ricardo Inglez de; e OLIVEIRA, Luciana Dutra de, op. cit., p. 201-211.

40 “Não se pode perder de vista que o empresário, em qualquer sociedade capitalista que sustenta a livre iniciativa e o livre mercado, como é o caso do Brasil, busca maximizar seus ganhos. A livre concorrência não deixa de ser inibidora da maximização dos ganhos pelo capitalista. Quando menos, limitará a referida maximização pela imposição da própria liberdade de mercado. Os ganhos do empresário e do consumidor tendem a se equilibrar em um mercado saudável. A corrupção, por outro lado, é uma forma de o empresário maximizar seus ganhos, ainda que de forma ilegal” (Ibidem, p. 201-211).

research, bedeviled by the necessity to use proxies as measures of both phenomena, generally finds an inverse relationship between the two. That is to say, low levels of competition correlate with high levels of corruption. The explanations proffered for this relationship suggest that because low levels of competition lead to higher rents, the potential returns from, and hence the incentive to engage in, corruption are increased⁴¹.

Esse desequilíbrio, logicamente, tem efeitos socioeconômicos nefastos. Deste modo, é possível afirmar que o combate à corrupção está inserido em um contexto amplo de práticas que visam o reequilíbrio do mercado competitivo, que depende em muito da responsabilização das pessoas jurídicas corruptas, o que está previsto na Lei Anticorrupção.⁴²

Portanto, quando comparados os balanços extremamente positivos por conta do artificialismo gerado pela corrupção com os resultados das sociedades empresárias pós revelação dos atos de corrupção, o que se viu não foi uma crise financeira regular.

Essa comparação ocorre de forma injusta, pois parte de um balanço irreal – inflado – e um outro mais próximo da realidade. Esse até eventualmente absorve impactos cotidianos e a crise de imagem de uma sociedade empresária envolvida na prática de atos de corrupção, mas tende a retratar os preços corretamente cobrados e, conseqüentemente, os resultados adequados por conta do desenvolvimento da atividade empresarial.

O que se tem, portanto, é um balanço real, sem lucros ou preços inflados pelos impactos nocivos da corrupção. E com esse balan-

41 LEWIS, David. *Fighting corruption and promoting competition. Notas introdutórias*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm>> Acesso em: 15 set. 2020.

42 COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 292

ção mais *acanhado* surge a necessidade de adequação e reestruturação das estruturas – em especial, o endividamento da sociedade empresária – a fim de que aquela sociedade empresária que tenta deixar para trás o ambiente de negócios no qual a corrupção era um fator intrínseco e até mesmo um *item de formação de preço* torne-se apta a competir no mercado de modo verdadeiramente sustentável.

Tampouco parece ser correta a assertiva de que eventual multa aplicada com base na Lei Anticorrupção seja a justificativa para a crise financeira que lastreia o pedido de recuperação judicial. Ao menos em tese a multa tem como objetivo o ressarcimento célere e efetivo ao erário dos danos causados pela pessoa jurídica corruptora. Assim, é possível afirmar, ressalvados eventuais excessos, que os recursos da sociedade empresária que serão empregados no pagamento da multa estão contidos, justamente, no resultado positivo artificialmente gerado pela prática da corrupção.

O retorno de determinada sociedade empresária ao ambiente competitivo sustentável, usualmente, passa por uma redução de seu tamanho (“*downsizing*”). Quando se trata do número de colaboradores de uma sociedade empresária que tinha lucros inflados pelos retornos ocasionados pela prática de atos de corrupção, logicamente, esse será substancialmente elevado. A consequência nociva, no caso, será o desemprego após programas de redução do quadro de funcionários, forma odiosa, mas comum, de redução de despesas operacionais.

No que diz respeito à reestruturação do restante da estrutura, que compreende os ativos e, em especial, os passivos da sociedade empresária, a tarefa é certamente mais complexa.

Primeiramente porque a redução do endividamento não depende apenas da sociedade empresária em questão, dado que esse passivo advém de instrumentos de dívida celebrados com terceiros. A repactuação desses contratos é desejável, mas nem sempre possível. Por sua vez, a rescisão dos instrumentos não é medida adequada, ten-

do em vista que haverá substancial impacto no endividamento por conta do vencimento antecipado das obrigações.

A sociedade empresária que tinha suas atividades poluídas pela nociva prática da corrupção, portanto, chegará a um momento em que se verá (quase que) livre da mesma, mas incapaz de retomar seus negócios de forma sustentável e competitiva, em virtude de uma crise reputacional ou, em especial, de um endividamento insuportável.

É nesse contexto que a recuperação judicial surge como um dos possíveis meios de saneamento de sociedades empresárias corruptas, em consequência dessa crise gerada não pelo combate à corrupção, mas, como visto, pelos efeitos desta.

3. A recuperação judicial é uma alternativa útil ao saneamento da sociedade empresária envolvida em atos de corrupção?

Como visto no cenário hipotético referido no capítulo anterior, a sociedade empresária que se viu quase livre das práticas corruptivas que alteravam os seus resultados terá dificuldades no que diz respeito à promoção dos ajustes necessários na sua estrutura de capital.

Muito dessa dificuldade atribui-se ao fato de que a reestruturação, em especial do passivo, não depende exclusivamente da vontade ou *business plan* daquela sociedade empresária. E mesmo nos casos em que parte do endividamento seja reajustado, é difícil imaginar hipótese em que todos os credores estejam dispostos a negociar e aceitar novas condições sem que haja, como mencionado anteriormente, substancial deterioração das condições de fornecimento do crédito (sobretudo quanto aos custos do financiamento).

É nesse cenário que é possível enxergar a recuperação judicial como o instrumento adequado para saneamento de sociedades empresárias corruptas que buscam, após a divulgação ou apuração de

seus malfeitos, o reequilíbrio necessário para competirem de forma sustentável no mercado.

Primeiramente, exige-se da sociedade empresária que requer a recuperação judicial toda a transparência em relação aos seus negócios, passivos e causas da crise. Ademais, após o deferimento do pedido de recuperação, a sociedade empresária passará a ser auditada pelo administrador judicial (inciso II do artigo 22, da LRF), por quem será supervisionada em conjunto com o Ministério Público e o próprio Juízo.

E não é só isso. Como se sabe, o deferimento do pedido de recuperação judicial tem como uma de suas consequências a sujeição de todos os créditos existentes contra a recuperanda ao tempo do pedido (artigo 49 da LRF).

Nesse contexto, a LRF “possibilita à sociedade empresária devedora renegociar com a totalidade de seus credores existentes no tempo do pedido da recuperação”. Ou seja, se existente na data em que foi requerida a recuperação judicial, o crédito se sujeitará necessariamente⁴³ aos efeitos do procedimento, em especial, às disposi-

43 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 4ª Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 468895/MG. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de julgamento: 06 nov. 2014. Data de publicação: 14 nov. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1377764/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 20 ago. 2013. Data de publicação: 29 ago. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 2ª Seção. Reconsideração de Despacho no Conflito de Competência nº 126879/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Data de julgamento: 13 mar. 2013. Data de publicação: 19 mar. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1321288/MT. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 27 nov. 2012. Data de publicação: 18 dez. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1484168/DF (decisão monocrática). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data de julgamento: 09 abr. 2015. Data de publicação: 20 abr. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Conflito de Competência nº 136586/SP (decisão monocrática). Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de julgamento: 10 mar. 2015. Data de publicação: 27 mar. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Reclamação nº 13862/GO (decisão monocrática). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 06 dez. 2013. Data de publicação: 17 dez. 2013. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Conflito de Competência nº 128468/SP (decisão monocrática). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 25 jun. 2013. Data de publicação: 28 jun. 2013.

ções do plano de recuperação judicial que será negociado entre sociedade empresária e credores.

A recuperação judicial deve ser vista, portanto, como um *instrumento de cooperação* para preservação do valor de sociedades empresárias viáveis. Confira-se, a esse respeito, a lição de Cássio Cavalli e Luiz Roberto Ayoub:

A recuperação judicial de empresas é uma das espécies de processos concursais a que estão sujeitos os credores de empresários. Por meio da recuperação judicial de empresas se busca satisfazer o maior número de credores da empresa devedora, mediante a preservação da empresa e, por conseguinte, da sua capacidade de gerar receita. Conforme observou o Min. Fernando Gonçalves, “[a] recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última ratio, a satisfação dos credores.”⁴⁴

Será por meio do plano de recuperação judicial que a recuperanda promoverá os ajustes de sua estrutura de capital necessários ao seu soerguimento.⁴⁵ Poderão ser propostos, por exemplo, descontos

44 AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 230.

45 “Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e indiretamente a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização. Note-se, um bom plano de recuperação não é, por si só, garantia absoluta de reerguimento da empresa em crise. Fatores macroeconômicos globais ou nacionais, acirramento da concorrência no segmento de mercado em causa ou mesmo imperícia na sua execução podem comprometer a reorganização pretendida. Mas um plano ruim é garantia absoluta de fracasso da recuperação judicial (2005b, p. 419 e 420)13” (COELHO,

até mesmo expressivos nos valores dos créditos ou parcelamentos alongados.⁴⁶ Como consequência da aprovação e homologação do plano de recuperação judicial, a sociedade empresária estará apta a competir novamente no mercado de forma sustentável e livre dos artificialismos gerados pela corrupção outrora arraigada na sua atividade.

O objetivo, portanto, será a reestruturação desejada pela sociedade empresária, mas com a devida participação mandatória dos credores. Nesse cenário, esses credores poderão negociar as condições de recebimento de seus créditos com a sociedade empresária, não deixando-se de lado suas pretensões creditórias, celebrando um novo contrato com a sociedade empresária devedora, o plano de recuperação judicial.⁴⁷ Há uma verdadeira “barganha coletiva”.⁴⁸

Portanto, por meio do concurso próprio da modalidade de execução coletiva, busca-se negociar uma fórmula de pagamento que se aproxime da expectativa de satisfação creditória de credores, mas

Fabio Ulhoa. *Comentários a nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154 e 155).

46 Os meios de recuperação estão previstos em rol não exaustivo no artigo 50 da LRF.

47 Sobre a natureza contratual do plano de recuperação judicial, cite-se a lição de Amador Paes de Almeida: “*pressupondo manifestação prévia de credores, inclusive a aprovação, por devedor e credor, de plano alternativo, tem, a nosso ver, nítida natureza contratual - um contrato entre o devedor e a coletividade dos credores*” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 362.) E, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, “*a recuperação judicial, com a aprovação do plano, desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso 4ª Turma. Recurso Especial nº 1.359.311/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 9 set. 2014).

48 “[o] objetivo da recuperação judicial não é a liquidação da empresa, por meio de uma execução coletiva, mas sim a sua reestruturação, por meio de uma barganha coletiva que se estabelece com os credores. Com efeito, na recuperação judicial não haverá inabilitação para o exercício da atividade, tampouco a arrecadação de ativos”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0033510-48.2013.8.19.0000. Data de julgamento: 12. nov. 2013).

que não afaste a sociedade empresária da continuidade de suas atividades ou os empresários de sua condução. São preservados, assim, dois princípios tão caros não somente ao ordenamento jurídico, ao curso dos negócios, mas à própria economia brasileira: o princípio da satisfação creditória e o da preservação das sociedades empresárias, insculpido no artigo 47 da LRF.

A recuperação judicial possibilita, assim, ao devedor e a seus credores a tentativa de viabilização conjunta de uma solução benéfica às partes, celebrando em Juízo um acordo de reestruturação.⁴⁹

E não é só. A recuperação judicial pode ser o instrumento útil para a adoção mais eficiente de uma necessária estratégia de desinvestimento, na qual essas sociedades empresárias passarão a alienar ativos no intuito de darem cumprimento aos seus compromissos financeiros.⁵⁰

Isto porque, a LRF prevê regime diferenciado para alienação de ativos, no que diz respeito à sucessão de obrigações. Os ativos poderão ser alienados livres de quaisquer ônus, após autorização judicial, sem que haja riscos de sucessão,⁵¹ conforme lê-se nos artigos 60 e inciso II do artigo 141 da LRF.

49 “Para o devedor estar apto a *celebrar em juízo o acordo de sua recuperação* com os credores, terá ele que, preliminarmente, preencher determinadas condições pessoais definidas em Lei, bem como observar certos requisitos para a admissão de seu pleito pelo juiz” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. O novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 123).

50 “Para superar a crise, a pessoa jurídica pode optar por uma estratégia de desinvestimento, pela qual ela transfira a terceiros uma ou algumas de suas operações. Com os recursos provenientes da operação de desinvestimento, ela terá condições de se reestruturar, ao passo que o adquirente da operação terá condições de explorar a atividade e dar continuidade à prestação de serviços públicos. [...] Se não for possível reestruturar empresas pela venda de operações, as empresas poderão ser forçadas a parar de operar” (CAVALLI, Cássio Machado. Efeitos colaterais da Lei Anticorrupção. *Revista Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 4, 2016, p. 30-31).

51 A esse respeito, destaque-se o Enunciado 47 do Conselho da Justiça Federal, o qual prescreve que “[n]as alienações realizadas nos termos do art. 60 da Lei 11.101/2005, não há sucessão

Segurança jurídica para o desinvestimento, possibilidade de reestruturação do endividamento com participação mandatória, franca negociação entre devedores e credores, tudo isso em um ambiente extremamente transparente. São essas as características que, quando analisadas de forma ampla, fazem da recuperação judicial um adequado meio de saneamento das sociedades empresárias em crise por conta, não do combate à corrupção, mas do artificialismo dos resultados gerados pelas práticas nocivas e regulares de atos de corrupção.

Conclusão.

Por meio do presente estudo buscou-se analisar se seria correto enxergar o combate à corrupção como uma das causas da crise financeira determinantes para o ajuizamento de recuperação judicial pela sociedade empresária corrupta.

Para tanto, antes de se adentrar propriamente na investigação do tema proposto, foi exposta uma análise objetiva do Sistema Anticorrupção Brasileiro, o que revelou que a Lei Anticorrupção tem papel de destaque dentro desse contexto de combate à corrupção percebido recentemente.

Pretendeu-se indicar possíveis argumentos para que sejam respondidas duas perguntas objetivas: as operações de combate à corrupção são a causa da crise das sociedades empresárias envolvidas em atos de corrupção e até mesmo o fator determinante do ajuizamento de recuperações judiciais? Além disso, as recuperações judiciais são alternativas úteis para o desejável saneamento da sociedade envolvida em atos de corrupção?

do adquirente nas dívidas do devedor, inclusive nas de natureza tributária, trabalhista e decorrentes de acidentes de trabalho”.

Esses questionamentos, como visto, surgem em um cenário em que grande parte das sociedades empresárias que foram atingidas pelas investigações e denúncias no contexto de operações de combate à corrupção optou pelo ajuizamento de processos de recuperação judicial.

Dentre essas operações, certamente encontra destaque a Operação Lava Jato. E ela foi o ponto de partida para a análise de casos concretos que poderiam fornecer bons elementos para formulação de repostas às perguntas destacadas, alinhando-se esses dados à apreciação de premissas jurídicas, dado a quantidade de sociedades empresárias denunciadas que requereram recuperação judicial recentemente.

Com base nos estudos que fundamentam esse artigo, indicouse que o combate à corrupção ou seus efeitos não foram a causa dos requerimentos de recuperação judicial, mas o fator de diagnóstico de uma doença – a corrupção arraigada na atividade, que inflaciona os seus resultados financeiros – que ensejou a adoção de um tratamento ou remédio – a recuperação judicial – com intuito de saneamento dessas sociedades empresárias antes corruptas.

Esse saneamento é feito por meio de uma readequação das estruturas após a descoberta pelas sociedades empresárias dos atos de corrupção. Por sua vez, essa readequação encontra utilidade nos processos de recuperação judicial, nos quais é possível identificar segurança jurídica para o desinvestimento, possibilidade de reestruturação do endividamento com participação mandatória, franca negociação entre devedores e credores, tudo isso em um ambiente extremamente transparente. Além disso, a disciplina específica de sucessão de obrigações prevista na LRF, que afasta a sucessão ao adquirente de ativos da devedora, promove um ambiente mais promissor para a implementação de estratégia de alienação de ativos para pagamento de dívidas.

São essas as características que fazem da recuperação judicial um adequado meio de saneamento das sociedades empresárias em crise por conta, não do combate à corrupção, mas do artificialismo dos resultados gerados pelas práticas nocivas e regulares de atos de corrupção. O objetivo, ao final, é promover os ajustes necessários a uma prática da atividade empresarial de forma competitiva e sustentável.

A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO SEM O CONSENTIMENTO DE CREDORES¹

THE NOMOPHYLACIC FUNCTION OF HIGHER COURTS AND THE COMMERCIAL ESTABLISHMENT TRANSFER WITHOUT CREDITOR CONSENT

Thalita Almeida

Resumo: O artigo trata da função nomofilácica atribuída aos tribunais, marcadamente às Cortes Superiores, à luz da aplicação do art. 129, inciso VI, da Lei nº 11.101/2005. O objetivo é tratar da inconsistente interpretação dos tribunais acerca do conceito de estabelecimento, bem como dos efeitos que essa incongruência reflete na declaração de ineficácia objetiva do trespasse realizado sem o consentimento de credores. O método utilizado foi o indutivo e a pesquisa bibliográfica se apoiou no estudo de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como por tribunais estaduais. Conclui-se pela urgente necessidade de que os tribunais estaduais e os tribunais superiores cumpram a sua função de uniformização, ao invés de, em sentido oposto, alimentar celeumas e criar as mais comezinhas divergências tornando discrepante e vacilante a aplicação do dispositivo legal de ineficácia objetiva.

Palavras-Chave: Nomofilaquia. Lei nº 11.101/2005. Art. 129, VI. Ineficácia. Estabelecimento.

Abstract: The article deals with the nomophylacic function assigned to the courts, notably to Superior Courts, in the light of the application of art. 129, item VI, of Law No. 11,101/2005. Its objective

¹ Artigo recebido em 25.09.2020 e aceito em 16.11.2020.

comprises dealing with the inconsistent interpretation by the courts regarding the concept of establishment, as well as with the effects that this incongruency reflects on the declaration of objective ineffectiveness of commercial establishment transfer carried out without creditor consent. The inductive method was used and the bibliographic research was based on the study of cases judged by the Superior Court of Justice, as well as by state courts. It concludes for an urgent need that state courts and higher courts fulfill their standardization function, instead of, conversely, feeding disputes and arousing petty divergences, thereby rendering discrepant and unsteady the application of the legal objective *ineffectiveness* device.

Keywords: Nomophylacy. Law No. 11.101/2005. Art. 129, item VI. Ineffectiveness. Commercial establishment.

Sumário: Introdução. 1. A função Nomofilática dos tribunais. 2. Ineficácia objetiva (Art. 129) X Ineficácia subjetiva (Art. 130). 3. O trespasse do estabelecimento sem o consentimento dos credores. 3.1. Exceção à regra de declaração de ineficácia: possível novidade legislativa. Conclusão.

Introdução.

O presente trabalho se propõe a analisar a função nomofilática atribuída aos tribunais, marcadamente às Cortes Superiores, à luz da aplicação de dispositivo da lei falimentar, qual seja, o inciso VI, do art. 129, da Lei nº 11.101/2005² (“LRF”), que trata do trespasse de es-

2 “Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: [...] VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não

tabelecimento sem o consentimento de credores. A reflexão importa, porque percebe-se ser tormentosa a interpretação que fazem os tribunais acerca do conceito de estabelecimento, o que torna a aplicação do dispositivo legal divergente e vacilante.

O problema dessa interpretação inconsistente do conceito de estabelecimento recai sobre o direito que a massa falida procura tutelar quando requer a declaração de ineficácia objetiva de trespasse realizado sem o consentimento de credores para reaver o estabelecimento cedido em prejuízo dos credores e da massa falida. Isso porque, na hipótese de o caso concreto se subsumir à regra insculpida no inciso VI do art. 129, bastará à massa requerer a declaração incidental de ineficácia, tornando o trespasse inoponível em relação a si.

De outro lado, se o negócio jurídico não caracterizar trespasse, mas mera alienação (fraudulenta) de bem detido pelo devedor, mais tarde falido, será necessário o ajuizamento de ação revocatória, nos termos do art. 130 da LRF,³ com a instauração de procedimento ordinário, que demanda a produção de prova do *consilium fraudis* e do *eventus damni*.

O método utilizado foi o indutivo⁴ e a pesquisa bibliográfica se apoiou no estudo de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como por tribunais estaduais.

houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; [...].”

3 “Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.”

4 Quanto ao método científico, é importante reportar o esclarecimento de João Álvaro Ruiz: “A indução é processo de raciocínio inverso ao processo dedutivo. Enquanto a dedução parte de enunciados mais gerais para chegar a uma conclusão particular ou menos geral, a indução caminha do registro de fatos singulares ou menos gerais para chegar a uma conclusão desdobrada ou ampliada em enunciado mais geral [...]” (RUIZ, João Álvaro. *Metodologia científica*: guia para eficiência nos estudos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996).

Feitas essas digressões, há que se verificar os efeitos percebidos pelo não cumprimento da função nomofilática atribuída aos tribunais, marcadamente quanto à interpretação do conceito de trespasse, bem como analisar quais as consequências envolvidas para o instituto de declaração de ineficácia, que se presta como ferramenta de restituição de bens cedidos em fraude e em prejuízo dos credores e da massa.

Para tanto, na primeira parte do artigo, discorre-se sobre o conceito de nomofilaquia tratando da evolução implementada pelo Código de Processo Civil de 2015 (“CPC”), que passou a emprestar maior valor ao precedente judicial como fonte de direito, alçado ao *status* de norma. Na segunda parte, trata-se da distinção entre a declaração de ineficácia objetiva (art. 129 e incisos da LRF) e a declaração de ineficácia subjetiva (art. 130 da LRF), uma vez que existem largas diferenças procedimentais entre esses institutos.

Na terceira parte, será abordado o trespasse realizado sem o consentimento de credores, que é a hipótese legal prevista no inciso VI do art. 129 da LRF, à luz da jurisprudência, por meio da análise de casos concretos. Ao final da terceira parte, trata-se de possível novidade legislativa que amplia o rol de exceção à aplicação do dispositivo de declaração de ineficácia.

Os precedentes coletados e analisados demonstram enorme descompasso na interpretação do conceito de estabelecimento. Essa interpretação vacilante da jurisprudência causa distorções nos julgados e imensa insegurança jurídica. Isso porque, enquanto um determinado acórdão decide pela decretação da ineficácia objetiva, que pode ser reconhecida de ofício ou de forma incidental, nos termos do parágrafo único do art. 129 da LRF,⁵ em outros – ainda que análogos

5 “Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.”

ou idênticos ao primeiro caso – o comando judicial é de que se instaure a revocatória prevista no art. 130, que reclama a produção de prova e ajuizamento de ação autônoma.

Por fim, conclui-se pela urgente necessidade de que os tribunais estaduais e os tribunais superiores cumpram a sua função de uniformização de julgados, ao invés de, em sentido oposto, alimentar celeumas e criar as mais comezinhas divergências.

1. A função nomofilática dos tribunais.

O termo nomofilaquia tem origem nos vocábulos gregos *nomos* e *phylasso*, que significam respectivamente, lei e guarda.⁶ A função nomofilática da jurisdição se trata, em última análise, do papel sistêmico e uniformizador que os tribunais possuem no tratamento dos precedentes judiciais. A função de uniformização emprestada aos precedentes que devem funcionar como referências para outros julgados é comentada na lição adiante transcrita de Alex Penha do Amaral e Luiza Veneranda Pereira Batista:

O que se pretende com a adoção dos precedentes é conceder soluções jurídicas idênticas a casos idênticos, garantindo-se, assim, o mínimo de segurança jurídica ao jurisdicionado, já que a lei é passível de várias interpretações e ainda está sujeita às percepções morais do próprio julgador. Sobre o tema, DONIZETI ressalta que, embora a lei seja a fonte primária do Direito, não é possível conceber um estado estritamente legalista, seja porque as modificações por que passa a sociedade não são, concomitantemente, acompanhadas pelo legislador, seja pela própria impossibilidade

6 CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. v. 2, p. 50.

de este prever todas as situações fáticas. Logo, não é possível admitir um ordenamento dissociado da interpretação jurisdicional. No *civil law*, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, condicionando o julgador à observância dos motivos determinantes da decisão anterior [...].⁷

Doutrinadores como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁸ têm uma visão mais específica – e afinada com a doutrina italiana – no sentido de que só haveria formação de precedente pelas

7 AMARAL, Alex Penha do; BATISTA, Luiza Veneranda Pereira. A função nomofilática dos tribunais e o precedente judicial. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 23, n. 5327, 2018, Disponível em: «<https://jus.com.br/artigos/62893/a-funcao-nomofilatica-dos-tribunais-e-o-precedente-judicial>». Acesso em: 21 dez. 2019.

8 Se é certo que as Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica, certamente não se passa exatamente o mesmo com as Cortes de Justiça. É claro que é desejável que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais seja uniforme e segura, assim como é evidente que essas Cortes têm – a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar – o dever de aplicá-los sem quebra de igualdade. No entanto, a função dessas cortes está ligada justamente à exploração dos possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da justiça do caso). É diferente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito. Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados. Daí que seria necessário particularizar no art. 926 que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes. Isso porque as Cortes de Justiça – e os juízes de primeiro grau – são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito: tolher esse debate, não deixando espaços para que vingue, serve apenas para obtenção de uma solução para os problemas jurídicos – não necessariamente para obtenção da solução melhor ou mais amadurecida pelo diálogo e pela experiência judiciária. Em outras palavras: não necessariamente uma solução amadurecida democraticamente pelo diálogo institucional no e do Poder Judiciário (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 333-349, jul. 2015).

cortes superiores – no Brasil, esses tribunais seriam o Supremo Tribunal Federal (“STF”) e o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”). Na Itália, Michele Taruffo defendia que os tribunais superiores seriam cortes de vértice, cuja função seria formar precedentes.

Para esses autores, nem mesmo as decisões proferidas pelos tribunais estaduais e regionais poderiam emitir um precedente com caráter vinculativo. Assim, os tribunais superiores teriam uma função *topográfica* na dinâmica de uniformização, ao passo que as decisões proferidas pelos tribunais de apelação não teriam esse efeito. Sobre o ponto, Michele Taruffo:

Em páginas claríssimas da *Cassação Civil*, já em 1920, Piero Calamandrei sublinhava que *a função de nomofilaquia da Corte de Cassação teria tido que se desenvolver, em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos*. Calamandrei apresentava a ideia que a Corte de Cassação, uma vez unificada, torna-se aquilo que em termos modernos se chama “corte do precedente” e assim desenvolveria as suas funções, e em particular aquela de nomofilaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. *Ele antecipava, em verdade, aquela que é hoje a função principal das cortes superiores em muitos ordenamentos, de common law e de civil law, que é a de assegurar o controle de legitimidade através da fixação de precedentes destinados a projetar-se como pontos de referência sobre decisões dos outros juízes.*⁹ [grifos nossos]

9 TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, p. 139-155, set. 2011.

Essa interpretação de que somente os tribunais superiores teriam a atribuição de promover a uniformização de precedentes é incompatível com as redações dos arts. 926 e 927 do CPC¹⁰⁻¹¹. Com efeito, o legislador de 2015 optou por elencar uma série de decisões vinculativas, estabelecendo rol hierárquico de precedentes obrigatórios. Perceba-se que nem todas as decisões citadas advêm de pronunciamentos de tribunais superiores. Destaque-se o entendimento de Gabriela Marchioro Carvalho:

[...] o art. 927 do CPC/2015 estabelece um rol hierárquico de precedentes obrigatórios, os quais foram elencados com o intuito de garantir os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, sendo eles: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, devendo ser entendidos como precedentes obrigatórios exemplificativos.¹²

10 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

11 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

12 CARVALHO, Gabriela Marchioro. O sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurí-

O escólio acima transcrito é esclarecedor em relação a um rol hierárquico dos precedentes (que começa no primeiro e termina no quinto inciso do art. 927) e, de fato, se mostra útil a compreender a intenção do legislador ao posicionar em ordem de relevância os precedentes que ostentam maior valor de influência sobre outros julgados.

Alexandre Câmara, porém, faz uma interpretação mais temperada desse dispositivo:

Em outras palavras, o art. 927 cria, para juízes e tribunais, um dever jurídico: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia). Não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais - obrigados a observá-los em suas decisões - um ônus argumentativo: o de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento.¹³

A grande celeuma, sobre a qual esse artigo não tem a pretensão de se debruçar, consistiria na discussão sobre a aptidão do prece-

dico brasileiro: busca pela uniformidade e estabilização das decisões no atual Código de Processo Civil. In: MÖLLER, Guilherme Christen; BEDUSCHI, Leonardo (org.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. Florianópolis: CEJUR, 2018. p. 71.

13 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 440.

dente de criar norma jurídica e, conseqüentemente, a possibilidade de todos os tribunais integrarem essa função.

Destaque-se, nesse ponto, que, em contraposição ao que dispõe o atual CPC, o que se podia observar, na vigência do Código de Processo Civil revogado, era que a principal fonte de direito era a própria norma, nos termos do seu art. 126.¹⁴ Hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, além de a própria jurisprudência ser fonte de direito, tal entendimento encontra-se agora positivado.

Conforme se colhe dos dispositivos afeitos ao tema, três são os instrumentos de uniformização: (i) o precedente; (ii) a jurisprudência, e (iii) a súmula. No CPC de 2015, passou-se a valorizar a formação e a aplicação do sistema de precedentes judiciais em busca de maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, de maior segurança jurídica.

Não sem razão, nos termos do art. 926, o CPC positivou o entendimento de que os tribunais devem se preocupar com a integridade da jurisprudência, fixando a necessidade de uniformização de entendimentos, em busca da pacificação social. A inspiração axiológica para a consolidação desse entendimento é explicada por Gabriela Marchioro Carvalho:

Em ambos os sistemas, *civil law* e *commom law*, busca-se isonomia no direito, ou seja, tratar casos análogos de forma igual, a ponto de solucionar as questões jurídicas de forma semelhante, levando em conta o precedente judicial para resolver casos futuros. [...] Em vista disso, utilizando-se dos precedentes como fundamentação para uma decisão em um caso concreto, busca-se alcançar a coerência e a integridade do direito, de modo

14 “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.”

que, havendo divergência a respeito de uma determinada temática, far-se-á uma análise dos posicionamentos, resolvendo o caso de forma dialética e fundamentada, evitando-se assim, a mera repetição de ementas e julgados fora do contexto da decisão.¹⁵

Para conferir efetividade a esses instrumentos de uniformização, é necessário que seja respeitado o duplo grau de jurisdição, observando-se a tramitação do processo em cada instância competente, até que a atuação de uma corte superior seja eventualmente requisitada por uma das partes. Nessa instância, a uniformização de entendimento é ainda mais bem-vinda, pela necessidade de que o precedente judicial traga segurança jurídica para resolução dos conflitos, remediando a insegurança que advém de decisões pulverizadas e conflitantes dos juízos de piso.

E quando se trata de segurança jurídica, é pertinente lembrar qual é a importância e a função desse princípio no ordenamento jurídico. Para Humberto Theodoro Júnior, o princípio da segurança jurídica pode ser distinguido em dois sentidos: “a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas”.¹⁶

Porém, essa ideia de que a jurisprudência precisa ser estável, coerente e uniforme, não implica dizer que o ordenamento jurídico brasileiro passou a privilegiar a jurisprudência em detrimento da lei positivada, nem que houve um engessamento da criatividade do julgador. Essa, inclusive, é uma crítica corriqueira ao sistema de precedentes inaugurado pelo CPC de 2015, embora seja possível afirmar

15 CARVALHO, Gabriela Marchioro, op. cit., p. 65.

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura Associação dos Magistrados Brasileiros*, Brasília, n. 1, p. 92-118, abr. 2006.

que é natural e até esperado que a evolução dos julgados acompanhe as mudanças reclamadas pelos jurisdicionados. A reflexão sobre as esperadas mudanças no ordenamento jurídico não é nova, conforme demonstra a lição de Miguel Reale:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.¹⁷

Ao contrário do que entendem os críticos, essa tendência de uniformização importa apenas dizer que há maior preocupação no cumprimento da função de estabilização de precedentes que deve ser atendida pelos tribunais estaduais, regionais e superiores. Nesse ponto, é bem-vindo o esclarecimento no sentido de que neste artigo entende-se que a função nomofilática não deve ser entendida como atribuição exclusiva dos tribunais superiores, mas também das cortes de apelação. Defende-se aqui que esses tribunais (estaduais ou regionais) podem contribuir de forma expressiva para uniformização de precedentes, seja reformando decisões interlocutórias, sentenças que se distanciam da forma como vem se consolidando determinada matéria ou, ainda, mantendo determinadas decisões exaradas pelas primeiras instâncias se estas já acompanharem entendimento estabilizado sobre determinado tema.

17 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.87.

A uniformização hoje perseguida no ordenamento jurídico brasileiro está fundada no sistema de precedentes e aliado à criação de súmulas e acórdãos originados de julgamentos repetitivos utilizados para julgar um sem-número de casos similares. Nesse ponto, há que se verificar que o precedente criado no passado espalha efeitos para decidir “casos do futuro”, porque um único precedente é utilizado para resolver outros casos tidos por idênticos. A teoria sofre críticas porque parece se inspirar no sistema da *common law* quando, na realidade, difere daquele. Esse raciocínio pode ser melhor compreendido na entrevista¹⁸ concedida por Nelson Nery Junior, ao fazer uma crítica conceitual ao instituto dos precedentes:

No *common Law*, quem fixa o precedente é o “juiz do futuro”, não o “juiz do passado”. O *Supremo não pode dizer como os juizes vão decidir daquele ponto em diante. Isso não é precedente. Esse sistema não é evolução para Common Law, é uma involução para as Ordenações do reino de Portugal. É uma legislação seiscentista do Brasil, do direito português. A Casa de Suplicação, que era o Supremo de Portugal, dizia como deveriam julgar com os chamados assentos portugueses, que eram a nossa súmula vinculante de hoje. E tanto eles eram ridículos, que foram declarados inconstitucionais pela Corte Constitucional de Portugal. A nossa Constituição legalizou isso, que é a súmula vinculante. Só não foi tão forte o movimento porque houve uma grita geral no Brasil. Se tivesse deixado, seria muito mais autoritário do que é hoje. E o Supremo tem baixado um monte de súmulas, várias delas inconstitucionais*.¹⁹
[grifos nossos]

18 A entrevista pode ser acessada pelo *website Consultor Jurídico*. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerly-junior-professor-advogado-pa-rececionista>». acesso em: 12 dez. 2019.

19 CRISTO, Alessandro; VASCONCELOS, Marcos de. Entrevista a Nelson Nery Junior. Entrevi-

É interessante a crítica de Nelson Nery Junior, porque, no sistema da *Common Law*, o precedente é utilizado para orientação do conflito julgado no presente. Assim, o precedente é eleito de forma isolada e mais similar possível com o caso concreto sob julgamento. Diferente disso, as súmulas ditam regras para aplicação futura, em casos que sequer foram judicializados e que podem se materializar em processos judiciais consecutivamente. O objetivo é manter uma uniformidade dos julgamentos e desonerar o judiciário que se encontra abarrotado de processos e muito deles discutem, de fato, teses idênticas e problemas que poderiam ser uniformemente decididos, reduzindo significativamente a prolação de decisões divergentes e o número de processos judiciais.

Por isso, a crítica deve ceder, em favor dos benefícios práticos e de isonomia que um sistema de precedentes e decisões uniformes geram no ordenamento jurídico. Nesse sentido, inclusive, é a interpretação majoritária dos processualistas, que, se debruçando sobre o Código de Processo Civil de 2015, editaram os seguintes enunciados no Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado 314 - As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal [...]

Enunciado 316 - A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, *inclusive por seus órgãos fracionários* [...]

Enunciado 323 - A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança

tado: Nelson Nery Junior. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado-parecerista>». Acesso em: 12 dez. 2019.

jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
[grifo nosso]

Apesar do grande alarde em torno dessa função uniformizadora dos tribunais, a realidade é que, em muitos casos submetidos às cortes superiores, não há verdadeiramente um respeito a precedentes ou uma uniformização do entendimento jurisprudencial. É o que se percebe na aplicação da ineficácia objetiva declarada no contexto de falência, prevista no inciso VI do art. 129 da LRF, que se trata de ferramenta judicial útil para restituir à massa falida ativos cedidos em fraude pelo devedor. Para tratar da celeuma envolvendo esse dispositivo legal é relevante fazer a distinção entre a ineficácia objetiva e a ineficácia subjetiva, essa última prevista no art. 130 da LRF. É o que se cumpre a seguir.

2. Ineficácia objetiva (art. 129) x Ineficácia subjetiva (art. 130).

É possível afirmar que são comuns os objetivos inscritos nos arts. 129 e 130 da LFR, isto é, os dispositivos tratam da declaração de ineficácia de determinado negócio jurídico no que se refere à massa falida. De outro lado, há que se mencionar que existem diferenças de natureza procedimental e material que distinguem as duas hipóteses. Isso porque, enquanto a declaração de ineficácia objetiva tem potencial para ser reconhecida e declarada de ofício pelo juiz, os efeitos da declaração de ineficácia subjetiva dependem do ajuizamento da ação revocatória, cujo procedimento reclama comprovação do *consilium fraudis* e do *eventus damni*.

Demais disso, enquanto a incidência da declaração de ineficácia objetiva se restringe às hipóteses previstas pelo art. 129, a ação revocatória prevista no art. 130 tem cabimento desde que atendidos os pressupostos de constituição desse direito que são materializados pela presença do conluio fraudulento (elemento subjetivo) e do dano (elemento objetivo).

Apesar de a redação dos dispositivos não deixar dúvida acerca de sua aplicação, não é incomum verificar a dificuldade de aplicá-los, seja nos pedidos, quanto nos julgamentos, que envolvem a declaração de ineficácia. O desconhecimento incide na pressuposição de que determinado ato poderá ser declarado ineficaz nos termos do artigo 129, quando, na verdade, a hipótese se enquadra no artigo 130 e demanda a produção da prova de fraude e de dano concreto.

Uma vez endereçada a distinção dos dispositivos de declaração de ineficácia objetiva e subjetiva, passa-se a tratar da hipótese prevista no inciso VI do art. 129 que trata da declaração de ineficácia objetiva do trespasse do estabelecimento sem o consentimento dos credores. Pelo que será possível observar, os tribunais tratam o conceito de estabelecimento de forma volúvel, fazendo com que em determinados momentos seja aplicável o inciso VI do art. 129 da LRF, quando o correto seria o ajuizamento de ação revocatória prevista no art. 130 da LRF.

3. O trespasse do estabelecimento sem o consentimento dos credores.

O inciso VI do art. 129 da LRF trata da ineficácia do trespasse²⁰ de estabelecimento, realizado sem o consentimento dos credores a esse tempo existentes. Eventuais dúvidas sobre o conceito de estabelecimento e as condições para o consentimento prévio dos credores

20 Trespasse é a alienação do estabelecimento empresarial. Sua disciplina é regulada pelo Código Civil, que estabelece que a averbação na Junta Comercial e sua publicação na imprensa oficial é condição de eficácia perante os terceiros (art. 1.144 do CC). Determina, ainda, que o adquirente responderá por todo o passivo contabilizado e que o empresário alienante ficará solidariamente responsável pelo prazo de um ano (art. 1.146 do CC). Como o adquirente apenas será responsável pelos débitos contabilizados e como poderão não remanescer bens ao vendedor, o art. 1.145 assegurou a proteção aos credores. Estabeleceu que, se ao alienante não restarem bens suficientes para solver seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo, 2019. p. 449).

podem ser dirimidas por meio de simples consulta aos arts. 1.142 e 1.145²¹ do Código Civil.

Pelo que consta do conceito de trespasse, é possível requerer a declaração de ineficácia objetiva desse negócio jurídico em relação à massa, quando a hipótese versar sobre a alienação dos bens essenciais ao exercício da atividade da falida. Por essa razão, caso o negócio jurídico verse sobre um bem móvel ou imóvel, que não esteja relacionado ou não seja necessário ao exercício da empresa antes da decretação da falência, a aplicação do dispositivo que trata da ineficácia objetiva (art. 129, VI da LRF) se torna equivocada.

Pode-se associar o conceito desse conjunto de bens essenciais ao exercício de uma determinada atividade à universalidade de fato, que recebe sua adequada conceituação no art. 90 do Código Civil.²² Merece a transcrição o escólio de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade:

Universalidade de fato (*universitas facti*). As *universitates facti*, ou *rerum*, *universalidades de móveis* (assim denominadas pelo CC ital. 816), são pluralidades de *coisas homogêneas* – coisas em sentido estrito (corpóreas) – que têm função compreensiva – que compreende o conjunto de uma ou mais coisas conexas –, que consiste no melhor perseguir a finalidade de cada bem (*corpus universum*). Ou seja: são agregados de coisas corpóreas (Vampré, *Manual*, v. I, § 42, p. 61). Exemplos típicos: uma biblioteca, uma loja, uma

21 “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária [...] Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expreso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.”

22 “Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.”

frota de automóveis, um rebanho. Não constitui universalidade o conjunto das roupas de cama, mesa e banho que guarnecem a casa, porque lhes falta a função compreensiva. Na universalidade de fato todo elemento conserva a sua essência de bem singular e pode ser objeto de atos jurídicos singulares; pode-se vender uma vaca, um livro, um quadro, um automóvel da frota etc. [...] [Grifo no original]²³

Há que se associar o estabelecimento com a universalidade de fato justamente porque esse conceito ajuda a entender o raciocínio jurídico segundo o qual é possível a alienação de certos bens isoladamente, especialmente quando o empresário estiver simplesmente exercendo a atividade prevista no seu objeto social. De outro lado, não é legalmente admitida a alienação de todo o estabelecimento sem o consentimento dos credores a esse tempo existentes ou sem que esses credores sejam pagos.

Por meio da compreensão do conceito da universalidade de fato, pode-se concluir que o empresário poderá desagregar os bens do estabelecimento. Nesse sentido, a universalidade refere-se ao conjunto de bens essenciais ao exercício de determinada atividade e não a um bem específico e isolado de propriedade do devedor, o qual pode ser livremente alienado pelo empresário (desde que não incorra em fraude).

No entanto, não significa que apenas a alienação da totalidade dos bens que compõem o estabelecimento seria passível de ineficácia. Explica a doutrina:

Para que atue o dispositivo em comento não é necessário que o devedor se desfaça de todos os

23 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 256.

bens que compõem o seu estabelecimento comercial – *basta que a alienação desses bens amesquinhe o restante do patrimônio de tal modo que ele não mais se preste como instrumento da atividade empresarial* antes desenvolvida pelo devedor.²⁴ [grifo nosso]

Nesse ponto, é recomendável cautela na valoração que se pode emprestar à lição de Ricardo Tepedino, pois o doutrinador está se referindo ao amesquinçamento do patrimônio de modo que o exercício da atividade fique comprometida por meio da alienação de determinado bem. Tal esclarecimento não pode ser confundido com a alienação de bens isolados e destacados do exercício da atividade do empresário. A título de exemplo, pode-se mencionar um terreno vazio, cuja propriedade seja titularizada por uma indústria (não importando a natureza da atividade industrial empreendida) e cuja sede esteja instalada local diferente do propalado terreno. O terreno vazio constituirá apenas parte do ativo da sociedade empresária, mas evidentemente não integra o seu estabelecimento.

Trazendo concretude à discussão, é bem-vinda a decisão exarada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Recurso de Apelação nº 2803732-85.2000.8.13.0000, julgado em 25/03/2003, sob a relatoria do desembargador Abreu Leite. Trata-se o julgado de ação revocatória originalmente fundada no inciso VIII do art. 52 do decreto-lei revogado (equivalente ao atual art. 129, VI da LRF) com a pretensão de ver ineficazada a alienação de um *veículo de passeio de propriedade da devedora*, mais tarde falida. A eleição do dispositivo foi equivocada e a pretensão deveria ter sido fundada no art. 53 (equivalente ao art. 130 da LRF) do mesmo diploma legal com a comprovação da prática de fraude e do dano. A ementa segue transcrita:

24 TEPEDINO, Ricardo. Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 495.

Falência. Ação revocatória. Compra e venda de automóvel. Ativo imobilizado. Pretensão de declaração de ineficácia. Acolhimento do pedido formulado na ação principal pela massa falida e, em direito de regresso, condenação das denunciadas ao ressarcimento do réu-denunciante. Recursos de apelação e de agravo retido. Desprovisamento deste, se legal o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo. Acolhimento do recurso do réu da ação principal. *Ausência de prova de composição do veículo do ativo imobilizado. Improcedência da articulação.* Extinção da lide secundária, à perda do objeto.²⁵ [grifo nosso]

Para se reconhecer a ineficácia da alienação de automóvel, em 16/03/1999, a Massa Falida de Aluminox Ltda. (“massa falida”) ajuizou ação revocatória fundamentada no inciso VIII do art. 52, do decreto-lei revogado e destacou que o referido negócio jurídico se tratou de alienação de bem integrante do ativo imobilizado e teria ocorrido dentro do termo legal da falência (embora esse aspecto temporal sequer seja requisito do referido dispositivo).

A falência da devedora Aluminox Ltda. (“devedora, mais tarde falida”) foi decretada em 09/12/1997, e o termo legal foi fixado em 30/11/1996. A transferência do veículo teria ocorrido em 10/05/1997. Pelo que se colhe do relatório do acórdão, as provas colacionadas aos autos demonstram que o referido veículo teria sido vendido pela devedora, mais tarde falida, em favor de Túnel Automóveis Ltda. e desta adquirido pela Estacionamento Pessita Ltda. (Agência Modelo), que teria mediado e revendido o veículo para o réu, pessoa física, João Batista de Paula Marques. O último adquirente, João Batista de Paula Marques, arrolado como réu na ação revocatória, denunciou à

25 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 28037328520008130000/MG. Relator: Desembargador Abreu Leite. Data de Julgamento: 25 mar. 2003. Data de Publicação: 09 maio 2003.

lide a primeira adquirente, Túnel Automóveis Ltda. Do seu lado, a Túnel Automóveis alega que teria adquirido o bem antes do termo legal, em 21/11/1996, como forma de demonstrar que o seu contrato teria sido firmado de boa-fé e sem prejuízo à massa falida.

A sentença julgou procedente o pedido para declarar objetivamente ineficaz a compra e venda do veículo objeto de discussão, sob o fundamento de que o bem alienado compunha o estabelecimento comercial, a confirmar o enquadramento da transação na hipótese do inciso VIII do art. 52 do decreto-lei revogado. O magistrado fez constar que, nessa hipótese do inciso VIII, não importa que o contratante esteja ou não de boa-fé, uma vez que a declaração de ineficácia decorre de hipótese legal objetiva, sendo presumida a fraude e o prejuízo em relação à massa falida e aos credores.

Em face da sentença de procedência, os réus Túnel Automóveis Ltda. e João Batista de Paula Marques, interpuseram recurso de apelação, por meio do qual perseguiram a reforma do julgado. Do seu lado, o tribunal mineiro deu provimento ao recurso amparado no argumento de que não restou comprovado que o bem alienado fazia parte do estabelecimento da falida.

O relator ponderou que, tratando-se de bem móvel, não se poderia admitir sua composição absoluta como “estabelecimento comercial ou industrial”. O julgador deixou consignado que o automóvel, cuja venda se pretendia ver ineficacizada, se tratava de carro de passeio, cujos fins não se ajustam, a rigor, àqueles empregados no exercício da atividade da pessoa jurídica.

Para além disso, o relator concluiu que o produto auferido com alienação do veículo foi incorporado ao patrimônio da falida, porque se tratava de bem negociável a qualquer tempo. O relator registrou, ainda, que a devedora podia dispor livremente do bem, fazendo uso do dinheiro para a consecução de seus objetivos e obrigações sociais.

A decisão, no entanto, não foi unânime, tendo sido lavrado o voto vencido, por meio do qual o desembargador vogal entendeu

que a venda seria ineficaz em relação à massa, nos termos do inciso III do art. 52 do decreto-lei revogado, embora o caso não se trate da instituição de garantia dentro do termo legal. Para o referido julgador, não haveria dúvidas de que o veículo alienado constituía parte integrante do ativo permanente da devedora, mais tarde falida e, conseqüentemente, sob os aspectos jurídico e contábil, compunha o estabelecimento.

Cabe crítica ao julgado tanto quanto à atuação do síndico (atual administrador judicial) que elegeu equivocadamente o dispositivo legal que fundamentou seu pedido revocatório, quanto ao conteúdo do voto divergente. A uma porque um veículo de passeio, isoladamente, não pode ser considerado estabelecimento, no conceito legal da expressão, de modo que o caso se subsuma à hipótese prevista no inciso VIII do art. 52; a duas porque se tivesse havido fraude, o síndico deveria ter demonstrado elementos da prática de fraude, como, por exemplo, que o adquirente conhecia o estado pré-falimentar da devedora, a alienação a preço vil ou a transferência do bem para parentes e pessoas ligadas aos sócios da devedora, mais tarde falida. Nenhum desses elementos constam do julgado, de modo que sequer se poderia admitir que o magistrado tivesse condições que concluir que houve prática de fraude para incidência do art. 53 do decreto-lei revogado.

Já a interpretação emprestada pelo voto divergente é temerária ao considerar que o veículo constituía o estabelecimento, como bem essencial ao exercício da atividade. A opinião exarada pelo vogal confirma a impressão de que não somente os síndicos (atual administrador judicial) utilizam de forma incauta os dispositivos legais afetos à revocatória, mas os próprios julgadores, que além de julgar também estão encarregados de exercer a função uniformizadora de precedentes atribuída aos tribunais, nos termos do arts. 926 e 927 do CPC/2015.

Hipótese diferente à anteriormente narrada já foi decidida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso

Especial nº 633179, julgado em 2/10/2010, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

FALÊNCIA. AÇÃO REVOCATÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL DENTRO DO TERMO LEGAL DA FALÊNCIA. [...]. ALIENAÇÃO DE BENS INCORPÓREOS. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO À MASSA [...] "estabelecimento comercial" *é composto por patrimônio material e imaterial, constituindo exemplos do primeiro os bens corpóreos essenciais à exploração comercial, como mobiliários, utensílios e automóveis, e, do segundo, os bens e direitos industriais, como patente, nome empresarial, marca registrada, desenho industrial e o ponto. 4. Assim, a alienação dos direitos de exploração de posto de combustível equivale à venda do ponto comercial, elemento essencial e constitutivo do estabelecimento, transação que, sem a autorização dos credores da alienante, rende ensejo à declaração de ineficácia em relação à massa falida* (art. 52, inciso VIII). 5. Recursos especiais conhecidos e improvidos.²⁶ [grifos nossos]

A Massa Falida de VIP Auto Posto Ltda. (“massa falida”) ajuizou ação revocatória em face de Shell do Brasil S.A. (“primeiro réu”), e Petrostyl Comércio de Petróleo Ltda. (“segundo réu”), objetivando a declaração de ineficácia da alienação do direito de exploração de posto de combustível, levada a efeito pela devedora (sociedade empresária antes de decretada a sua falência), em favor de terceiro, dentro do termo legal. Depois disso, seguiram-se sucessivas alienações, sem que tivesse havido o consentimento dos credores então existentes para qualquer uma dessas operações.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 633179/MT. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 02 dez. 2010. Data de Publicação: 01 fev. 2011.

O caso comporta clássico exemplo de aplicação do inciso VIII do art. 52 (equivalente ao inciso VI do art. 129), uma vez que, com a alienação levada a efeito, não remanesceram bens suficientes a suportar as obrigações antes contraídas pela alienante, mais tarde falida.

A sentença julgou procedente o pedido revocatório e foi mantida pelo tribunal, no julgamento do recurso de apelação. As demandadas na ação revocatória interpuseram recurso especial ao qual foi negado provimento pela impossibilidade de nova análise da matéria fático-probatória fixada nas instâncias inferiores. Assim, entendeu-se não ser possível o acolhimento da tese de que a alienação do estabelecimento teria ocorrido antes do termo legal fixado, como se o inciso VIII estabelecesse qualquer vínculo ao termo legal, o que não ocorre.

Apesar de o acórdão do tribunal superior confirmar a decisão proferida pelo tribunal estadual, é interessante destacar que o STJ se debruçou sobre o conceito de estabelecimento. Com efeito, entendeu-se que a alienação dos direitos de exploração de posto de combustível seria equivalente à alienação do ponto comercial, elemento essencial e constitutivo do estabelecimento, que poderia ser definido como o conjunto do patrimônio material e imaterial da sociedade, constituindo exemplo do primeiro os bens corpóreos essenciais à exploração comercial, como mobiliários, utensílios e automóveis, e, do segundo, os bens e direitos industriais, como patente, nome empresarial, marca registrada, desenho industrial e o ponto.

Nesse caso, a interpretação emprestada ao conceito de estabelecimento parece adequada às regras instituídas no Código Civil, mostrando-se acertado o entendimento aplicado pelos tribunais.

Noutro sentido, a decisão exarada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 515143, julgado em 07/11/2013, sob a relatoria do Ministro Raul Araújo,²⁷ conside-

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 515143/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 01 nov. 2013. Data de Publicação: 02 jun. 2014.

rou, com base nas provas carreadas aos autos pelas instâncias inferiores, que imóvel de propriedade da sociedade empresária devedora e locado para terceiros comporia o estabelecimento, na medida em que proporcionava à devedora, mais tarde falida, importantes frutos que serviam como insumo para o desenvolvimento das suas atividades.

Observa-se que essa interpretação traz uma noção ampliativa de estabelecimento, entendendo que se configuram como tal eventuais direitos de crédito ou frutos civis que se reverterem para a sociedade, ainda que advenham de bem não diretamente afetado ao exercício da empresa.

O acórdão exarado pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), no Recurso de Apelação nº 70029957941, julgado em 10/06/2009, sob a relatoria do Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto,²⁸ também constrói entendimento nesse sentido – entre parênteses, distorcido.

De acordo com tribunal rio-grandense, o estabelecimento não é constituído apenas pelos bens envolvidos no comércio ou no exercício da atividade, mas também por todos aqueles que dão suporte financeiro ao estabelecimento comercial, mesmo que não afetados diretamente na atividade empresária. Essa interpretação emprestada ao conceito de estabelecimento parece se afastar do conceito estabelecido no art. 1.142 do Código Civil, que se restringe, textualmente, aos bens organizados para o exercício da empresa.

Em complemento a esse conceito, interessa mencionar o julgamento exarado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 519379, julgado em 22/10/2013, sob a relatoria do Ministro Raul Araujo,²⁹ que, citando a decisões das instâncias

28 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70029957941. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Data de Julgamento: 01 jun. 2009. Data de Publicação: 17 jun. 2009.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 519379/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 22 out. 2013. Data de Publicação: 22 maio 2014.

anteriores, considerou que o estabelecimento não é apenas a universalidade de bens coletivamente considerados, mas também as parcelas dos bens que compõem o exercício da atividade empresarial.

Na mesma direção, a decisão exarada pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), no Recurso de Apelação nº 667378-1, julgado em 15/06/2011, sob a relatoria do Desembargador Francisco Jorge,³⁰ que decidiu que a alienação de maquinário essencial à atividade da devedora, mais tarde falida, configura a hipótese de venda de estabelecimento, pois sem os referidos bens o exercício da atividade restava inviabilizado.

Mais uma vez, vê-se uma interpretação que se afasta do que previu o legislador civil. Isso porque o dispositivo legal do Código Civil que trata do estabelecimento fala expressamente em complexo de bens, resgatando o já mencionado conceito de universalidade. Nessa decisão, ao contrário, o tribunal entendeu que bens, individualmente considerados, podem configurar estabelecimento, se fundamentais à atividade da falida, de modo que não seria possível dizer, *a priori*, que a venda de um bem isolado não configura a hipótese do inciso VI do art. 129 da LRF.

A análise dos precedentes permite concluir que o conceito de estabelecimento difere a cada tribunal, distanciando os órgãos julgadores de sua função uniformizadora e criando grande insegurança jurídica quanto ao julgamento de casos envolvendo a alienação de determinados ativos da sociedade empresária que se encontra em dificuldade daqueles casos que tratam de efetivo trespasse. Sobre a nocividade de uma interpretação vacilante por parte dos tribunais e a importância da segurança jurídica é bem-vinda a transcrição do trecho do artigo de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues:

30 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 667378-1. Relator: Desembargador Francisco Jorge. Data de Julgamento: 15 jun. 2011. Data de Publicação: 29 jun. 2011.

Quanto à segurança jurídica, é evidente que um sistema ideal deve proporcionar aos jurisdicionados uma mínima margem de segurança da decisão a ser prolatada, já que a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica são elementos do Estado de Direito. Neste sentido, a variação injustificada da interpretação judicial acaba por violar a paz social pretendida. Como manifestação da segurança jurídica, a estabilidade deve ser compreendida como elemento de continuidade, destinado a assegurar aos cidadãos determinada potencialidade e eficácia do ordenamento. A previsibilidade, por sua vez, revela-se em assegurar que o sujeito possa antever as consequências jurídicas de determinada conduta que venha a adotar, bem como tutelar a sua confiança na função estatal da jurisdição. A cláusula geral da segurança jurídica impõe alguns deveres fundamentais aos tribunais. Há o dever de uniformidade, pelo qual o órgão jurisdicional deve tratar de modo equivalente os casos substancialmente iguais. Surge, ainda, o dever de estabilidade, mantendo-se as razões que justificaram determinada decisão, sem variações injustificadas. Há, também, o dever de integridade, pelo qual o Tribunal deve manter um constante diálogo entre as matérias já decididas e os casos atuais. Por fim, há um dever de coerência, tendo em vista a eficácia externa de cada julgado.³¹

A lição é irrepreensível, porque dá a exata dimensão de quão deletérios são efeitos de um sistema que não guarda coerência entre os seus julgados, não só porque deixa de cumprir seu dever de paci-

31 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, R. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, p. 406-436, 2016.

ficação social como também pelos efeitos que cada precedente espraia em todo ordenamento jurídico.

Outra observação que se pode fazer é que todos os julgados aqui analisados antecedem o CPC de 2015, reforçando a importância de implementação dos dispositivos que prestigiam a função uniformizadora dos precedentes proferidos pelos tribunais.

3.1. Exceção à regra de declaração de ineficácia: possível novidade legislativa.

É relevante o registro no sentido de que o art. 131 da LRF³² excepciona a aplicação dos incisos I, II, III e VI do art. 129, caso o ato praticado tenha se perfectibilizado na forma definida em plano de recuperação judicial. O dispositivo tem objetivo de conferir segurança jurídica para terceiros e credores que celebram contrato com o devedor em recuperação judicial e de modo que referido negócio jurídico não seja ineficazizado na hipótese de falência do devedor.

Não se pode ignorar que na aplicação do art. 129 a fraude é presumida, de modo que se determinado ato foi submetido ao escrutínio de credores e previsto no plano de recuperação judicial, é medida de justiça e segurança que tal ato não possa ser mais tarde tornado ineficaz, em presunção de prática de fraude contra credores.

No entanto, o Projeto de Lei nº 4458, de 2020 que se presta a atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário, em trâmite perante o Senado Federal,³³ traz inovação legislativa que, se confirmada, ampliará a ex-

32 “Art. 131. Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado.”

33 Trata-se do Projeto de Lei nº 6.229, de 2005 que foi renumerado, na ocasião em que foi recebido pelo Senado Federal.

ção prevista no art. 131 da legislação falimentar vigente para a *recuperação extrajudicial*. O dispositivo alterado é justamente o art. 131 que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 131. Nenhum dos atos referidos nos incisos I, II, III e VI do caput do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial *ou extrajudicial* será declarado ineficaz ou revogado. [grifo nosso]

O momento é propício para críticas, pois a alteração ainda não foi confirmada pelo Senado e parece perniciosa para os credores, uma vez que o controle judicial na recuperação extrajudicial é limitado e superficial, considerando que o plano é elaborado e negociado fora do processo e com um grupo de credores – que é eleito pelo devedor a seu exclusivo critério – e levado a juízo apenas para homologação.

Nesse passo, é possível admitir que um devedor, em um momento de dificuldade, justamente quanto se encontra mais suscetível à prática de fraude, prefira utilizar como instrumento de reestruturação a recuperação extrajudicial para adotar atos de disposição patrimonial (justamente aqueles previstos nos incisos I, II, III e VI do art. 129) que culminem em prejuízo e fraude de credores – muito possivelmente daqueles que não foram signatários do plano – aliando-se a outros credores, que sejam parceiros na prática do ato ilícito.

De outro lado, não se pode negar que a alteração gera incentivo à recuperação extrajudicial e confere segurança jurídica para o terceiro que contrata com o devedor, seja o terceiro adquirente ou o credor adimplido pelo plano de recuperação extrajudicial.

O objeto do artigo não é de analisar os impactos trazidos pela alteração legislativa proposta no art. 131 da LRF que agora tramita perante o Senado Federal, mas a alteração é relevante o suficiente para seguir registrada nesse trabalho. Caso a modificação seja confir-

mada e passe a integrar o texto da legislação falimentar, servirá a menção como protesto em face da alteração que se considera prejudicial ao direito dos credores de boa-fé que têm, na declaração de ineficácia do art. 129, última ocasião e oportunidade de buscar e reaver ativos cedidos ou transferidos em fraude pelo devedor falido. A seguir, passa à conclusão das reflexões ora propostas.

Conclusão.

Pelo que se constata da breve análise aqui proposta, a função nomofilática ganhou crescente destaque após a publicação do Código de Processo Civil de 2015, que estabeleceu de forma expressa precedentes obrigatórios em rol vinculante. Tal papel de uniformização da jurisprudência deve ser cumprido com dobrada força pelos Tribunais Superiores, já que, em decorrência do duplo grau de jurisdição e da recorribilidade das decisões, caberá a eles uniformizar os entendimentos pulverizados proferidos pelos juízos de piso.

Da análise de casos concretos, é possível verificar que o Poder Judiciário brasileiro está longe de cumprir a contento o papel de pacificação social dele esperado. Essa tese é reforçada justamente pelos casos de declaração de ineficácia objetiva envolvendo o trespasse, nos quais os acórdãos prolatados denunciam interpretações diametralmente opostas em relação a matérias de idêntico contexto fático. Tal inconsistência marginaliza a segurança jurídica, na medida em que compromete a isonomia entre os jurisdicionados.

A multiplicação dessas divergências pode ser observada no tratamento conferido pelos tribunais às ações revocatórias falenciais decorrentes de trespasse indevido de estabelecimento. Com efeito, a legislação falimentar atual, bem como o decreto-lei revogado, estabelecem que são objetivamente inoponíveis em relação à massa falida os atos de alienação do estabelecimento sem o consentimento dos credores a esse tempo existentes, de modo que a declaração de ineficácia objetiva pode ser promovida de forma incidental, sem a neces-

sidade de ajuizamento de ação revocatória. Trata-se, portanto, de tratamento diverso daquele conferido aos casos de ineficácia subjetiva, prevista no art. 130 da LRF, a qual pressupõe ação judicial específica e a comprovação da fraude e do dano, o que garante defesa e respeito ao devido processo legal quando o caso concreto não se subsume à hipótese de ineficácia objetiva.

Infere-se, portanto, que a precisa fixação do conceito de estabelecimento é fundamental para a procedência do pedido de declaração de ineficácia objetiva do inciso VI do art. 129. Isso porque, a depender da constatação de ter havido, no caso concreto, o trespassse, será possível aferir pela necessidade ou dispensabilidade do ajuizamento da ação revocatória do art. 130. Essa distinção entre os procedimentos aplicáveis no art. 129 e no art. 130 altera significativamente a dinâmica e o procedimento a ser seguido pelo titular do direito e, conseqüentemente, o nível de exigência documental para instrução de um pedido de declaração de ineficácia.

Apesar disso, o que se percebe nos tribunais é uma intensa divergência quanto ao conceito de estabelecimento, porque se empresta ora interpretação elástica, ora restritiva de estabelecimento, havendo registros de diversidade de entendimento entre julgados do próprio STJ.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ENVOLVIDAS EM ATOS DE CORRUPÇÃO PODEM NEGOCIAR UM ACORDO DE LENIÊNCIA CONJUNTO COM A CGU (LEI Nº 12.846) E O BANCO CENTRAL DO BRASIL (LEI Nº 13.506)? A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO ENTRE AS AUTORIDADES NO INCENTIVO A DELADORES¹

ARE FINANCIAL INSTITUTIONS INVOLVED IN CORRUPTION ACTS ALLOWED TO NEGOTIATE A JOINT LENIENCY AGREEMENT WITH CGU (LAW NO. 12,846) AND THE CENTRAL BANK OF BRAZIL (LAW NO. 13,506)? THE IMPORTANCE OF COOPERATION BETWEEN AUTHORITIES IN THE INCENTIVE TO WHISTLEBLOWERS

Lucas Caminha

Resumo: o mundo atual vem dando cada vez mais importância ao combate à corrupção, principalmente pelo alto custo social que ela impõe a países em desenvolvimento. Entre as ferramentas disponíveis para esse combate, nós temos o sistema financeiro nacional e suas instituições financeiras, que cumprem um papel prevenindo e reprimindo práticas de corrupção. No entanto, até elas podem falhar seus deveres de *gatekeeper*, ou pior, se ver implicadas diretamente em um escândalo público de corrupção. Nessa segunda hipótese, é necessário proteger o sistema financeiro de risco sistêmico e evitar corridas bancárias, e, para isso, um instrumento possível é o acordo de leniência do Banco Central do Brasil. Para descobrir a viabilidade dessa ferramenta, nós (i) estudaremos o papel que instituições financeiras cumprem hoje em dia no microssistema anticorrupção e como elas podem falhar nesse papel (evento esse com potencial de gerar

¹ Artigo recebido em 25.09.2020 e aceito em 16.11.2020.

consequências devastadoras se não mitigado de alguma forma); (ii) avaliaremos as bases do acordo de leniência no Brasil, desde as fontes internacionais até os modelos de acordo já estabelecidos nos nossos sistemas de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011) e anticorrupção (Lei nº 12.846/2013); (iii) apresentaremos a estrutura do “acordo de supervisão em processo administrativo” – acordo de leniência específico para o mercado financeiro criado pela Lei nº 13.506/2017, explicando também a razão pela qual ela pode gerar insegurança jurídica e desincentivar eventuais proponentes; e (iv) compararemos o acordo de supervisão com o acordo de leniência anticorrupção da Lei nº 12.846/2013, mapeando seus principais encontros e desencontros caso ambos sejam necessários para uma instituição financeira envolvida em escândalo de corrupção.

Palavras-chave: Sistema financeiro. Anticorrupção. Banco Central. Acordo de leniência. Lei nº 13.506/17.

Abstract: today's world has been increasingly giving more importance to combating corruption, especially due to the high social cost it imposes on developing countries. Among the tools available to such combat, we have the domestic financial system and its financial institutions, which play a role in preventing and quelling corrupt practices. However, even they might fail their gatekeeping duties, or worse, find themselves directly implicated in a public corruption scandal. In this second event, it is necessary to protect the financial system from systemic risk and avoid panic bank runs, and, to that end, a possible instrument might be the Brazilian Central Bank's leniency agreement. To discover the viability of this tool, we shall (i) study the role financial institutions play in the anticorruption micro-system nowadays and how they might fail that role (an event with potential to create devastating consequences if not somehow mitigated); (ii) evaluate the Brazilian leniency agreements' foundations, from international origins through agreement structures already established in our antitrust (Law no. 12,529/2011) and anticorruption (Law no. 12,846/2013) systems; (iii) bring forward the structure of the

“supervision agreement in administrative proceeding” – a specific leniency agreement for financial markets created by Law no. 13,506/2017, also explaining the reason for which it may create legal insecurity and disincentive proponents; and (iv) compare the supervision agreement to the anticorruption leniency agreement from Law no. 12,846/2013, mapping out their principal convergences and divergences should they both be required by a financial institution involved in a corruption scandal.

Keywords: Financial system. Anticorruption. Central Bank. Leniency agreement. Law no. 13,506/2017.

Sumário: Introdução. 1. As instituições financeiras no microsistema de combate à corrupção. 2. Acordo de leniência para instituições financeiras: o acordo de supervisão em processo administrativo do Banco Central. 2.1. Acordo de leniência no Brasil. 2.2. O acordo de supervisão do Banco Central na Lei nº 13.506/17. 2.2.1. Pessoas físicas e (ausência de) efeitos penais. 2.2.2. Participação de outras autoridades administrativas. 2.2.3. Sigilo na proposta e nas negociações. 2.2.4. Insegurança sobre o percentual de redução da penalidade. 3. O acordo de supervisão e sua compatibilidade com o acordo de leniência da Lei Anticorrupção: um único acordo para as duas autoridades? Conclusão. Referências.

Introdução.

Não é necessário – sob pena de redundância com diversos outros estudos contemporâneos – explorar a relevância que o combate à corrupção vem assumindo no cenário doméstico e mundial. Classi-

ficada pelo presidente do Banco Mundial como “*inimigo público número um*” dos países em desenvolvimento,² os recursos públicos perdidos para a corrupção representam altíssimo custo de oportunidade na forma de estabelecimento de serviços essenciais (i.e., saúde, educação, água/saneamento) e infraestrutura.

No Brasil, o mais recente instrumento de combate a relações perversas entre agentes públicos e privados é a Lei nº 12.846/13 (“Lei Anticorrupção”). Seu marco jurídico foi a criação da responsabilidade administrativa objetiva para *peessoas jurídicas* por atos de corrupção, abrangendo todo o grupo econômico solidariamente. Junto a outras leis, como a de colaboração premiada (Lei nº 12.850, de 2013), a Lei Anticorrupção vem sendo instrumentalizada no combate a esses ilícitos no Brasil (cuja face mais conhecida ainda é a Operação Lava Jato).³

O racional da imputação de responsabilidade na pessoa jurídica foi de criar incentivos para a sociedade empresária impedir atos de corrupção por seus acionistas, administradores, prepostos, e outras sociedades do grupo econômico.⁴ Em outras palavras, espera-se que elas sejam *gatekeepers* no ambiente anticorrupção.⁵ Caso as so-

2 WORLD BANK. Corruption is “Public Enemy Number One” in Developing Countries, says World Bank Group President Kim. *World Bank*. 19 dez. 2013. Disponível em: «<https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2013/12/19/corruption-developing-countries-world-bank-group-president-kim>». Acesso em: 25 set. 2020.

3 Até março de 2020, a Lava Jato já havia possibilitado a celebração de 86 acordos de colaboração premiada com pessoas físicas e 19 acordos de leniência com pessoas jurídicas, *in* MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. *Ministério Público Federal*. Disponível em: «<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>». Acesso em: 24 set. 2020.

4 SIMÃO, Valdir Moyses. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editoria, 2017. p. 74-75.

5 Existem algumas dificuldades nessa expectativa que são inerentes à própria estrutura da pessoa jurídica – os seus atos são os próprios atos dos seus administradores, mas cobertos pelo manto da personalidade jurídica. Nessa linha, alguns estudos indicam que sanções anticorrupção criam melhores desincentivos quando priorizam a punição das pessoas naturais que efetivamente cometeram as infrações, e não da casca corporativa que as protege (que podem ser

iedades empresárias falem com essa nova “função social”, elas serão responsabilizadas objetivamente perante a Controladoria Geral da União (“CGU”), autarquia federal atribuída de acusá-las em processo administrativo próprio da Lei nº 12.846/13.

No entanto, o instrumento que desejamos tratar nesse artigo não vem da Lei Anticorrupção ou da CGU, mas sim do Banco Central do Brasil (“Banco Central”). Falamos do *acordo de supervisão em processo administrativo*, criado pela Lei nº 13.506, de 2017.⁶

Trata-se aqui de uma variante do acordo de leniência, já presente na legislação brasileira para delitos antitruste e anticorrupção e agora estruturada especificamente para atos lesivos de instituições financeiras e seus representantes pessoa física contra o sistema financeiro nacional. Um ato de corrupção certamente se enquadra nesses atos lesivos (art. 5º), ensejando punições simultâneas pela CGU e pelo Banco Central concomitantemente (além de autarquias como CVM).

O propósito desse estudo é verificar se haveria compatibilidade suficiente entre os acordos de leniência do Banco Central e da CGU para permitir a negociação/celebração de um único acordo com as duas autarquias por uma instituição financeira acusada de corrupção. Essa questão é relevante porque tanto Banco Central quanto CGU têm poder para punir pessoas jurídicas por atos de corrupção, então qualquer acordo de leniência decorrente desses atos precisa ser firmado pelas duas autarquias para que não persigam o(s) infrator(es) depois de celebrado um acordo.

Dito isso, no curso do presente estudo, nós (i) estudaremos o papel que instituições financeiras cumprem hoje em dia no microssistema anticorrupção; (ii) avaliaremos as bases do acordo de leniência

usadas, no limite, como “escudos humanos”). No entanto, a efetividade do acordo de leniência como incrementador do poder de fogo estatal não é o foco desse estudo.

6 A lei foi uma completa revitalização/consolidação dos poderes punitivos do Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”).

no Brasil, desde as fontes internacionais até os modelos de acordo já estabelecidos nas leis anticorrupção e de defesa da concorrência; (iii) apresentaremos a estrutura do “*acordo de supervisão em processo administrativo*” – acordo de leniência criado pela Lei nº 13.506/17, bem como suas fragilidades; e (iv) compararemos o acordo de supervisão com o acordo de leniência próprio da lei anticorrupção, mapeando seus principais encontros e desencontros caso ambos sejam necessários para uma instituição financeira envolvida em escândalo de corrupção.

A conclusão final do estudo, como se verá, é de que os eventuais desalinhamentos entre o acordo de leniência e acordo de supervisão não são suficientes para impedir uma negociação conjunta de acordo de leniência/supervisão entre CGU e Banco Central no tratamento de atos de corrupção, sendo incentivada para instituições financeiras que se encontrarem na mira dessas autoridades.

1. As instituições financeiras no microssistema de combate à corrupção.

Antes de estudar a novidade do acordo de supervisão do Banco Central em si, devemos pontuar que o regulador do mercado financeiro sempre desempenhou funções importantíssimas no combate ao crime organizado/corruptor – principalmente fiscalizando o cumprimento, pelas instituições financeiras, de medidas de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento ao Terrorismo (“PLDFT”) impostas pela Lei nº 9.613, de 1998 (“Lei nº 9.613/98”).

As medidas PLDFT são parte vital do microssistema anticorrupção, dado que obrigam as instituições financeiras a comunicar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) sobre qualquer movimentação financeira considerada atípica nos termos da regulamentação vigente. No caso, a atipicidade costuma vir quando são desconhecidos ou suspeitos (i) a origem dos recursos transacionados; ou (ii) o beneficiário final da operação.

Interessante notar que há semelhanças entre a Lei nº 9.613/98 e a Lei Anticorrupção: ambas buscam impedir atos ilícitos (provavelmente crimes) de elevada gravidade e com alto custo social, bem como imputam na pessoa jurídica a obrigação de tentar refrear tais infrações. Nesse sentido, ambas transformam a sociedade empresária em mais uma arma do Estado contra a criminalidade,⁷ sob entendimento de que quem lucra atuando em setores propensos a ilícitos deve colaborar com o poder público para preveni-los e reprimi-los.⁸

Infelizmente, essa estrutura preventiva/repressiva de PLDFT de instituições financeiras está sujeita a risco técnico (falha nos controles internos) e a risco moral (liberação dolosa de operações suspeitas), ensejando diversas punições do Banco Central por descumprimento das obrigações de *gatekeepers*. Vide como exemplos que (i) em setembro de 2018, o Banco Central condenou, por descumprimento PLDFT, um administrador de instituição financeira⁹ ao pagamento de multa de R\$ 4,15 milhões e a oito anos de inabilitação;¹⁰ (ii) em outubro de 2019, uma instituição financeira firmou termo de compromisso envolvendo pagamento de R\$ 1,65 milhão para encerrar investigação sobre “*deixar de comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) operações suspeitas/atípicas relativas à concessão de crédito ou assunção de dívidas*”;¹¹ e (iii) em maio de

7 No caso da Lei 9.613/98, a própria inobservância dos cuidados mínimos de PLDFT constituem crimes imputáveis aos seus dirigentes, mas o foco da responsabilidade ainda está sobre a personalidade jurídica da instituição financeira.

8 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Leis instituem colaboração compulsória contra crimes*. Consultor Jurídico, 19 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-19/direito-defesa-leis-instituem-colaboracao-compulsoria-crimes>>. Acesso em: 24 set. 2020.

9 A instituição financeira em si havia sofrido liquidação extrajudicial, conforme Comunicado nº 30.876, de 19 jun. 2017, do Banco Central.

10 BCB/COPAT- PE nº 91815, decisão em 19 jul. 2018.

11 Termo de Compromisso assinado pelo Banco Central do Brasil em 17 out. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/termos_processosfn>. Acesso em: 25 set. 2020.

2020, uma instituição financeira firmou termo de compromisso envolvendo pagamento de substanciais R\$ 95 milhões e obrigações de “*abster-se de deixar de comunicar ao COAF, nos termos da regulamentação editada pelo BCB, movimentações atípicas de recursos*” e submeter ao Banco Central um “*plano de ação de melhorias nos procedimentos de PLDFT*”.¹²

Adicionalmente às regras de PLDFT, as obrigações de *compliance* das instituições financeiras também criam uma ferramenta indireta de combate à corrupção: os efeitos de crédito. Praticamente todos os contratos de crédito atuais possuem uma cláusula de vencimento antecipado por evento de corrupção. Isso quer dizer que, se a tomadora do crédito se envolver em algum evento de corrupção, toda a dívida que somente seria exigível no futuro pode ser automaticamente executada judicialmente.¹³

Ainda que um contrato de crédito não preveja a possibilidade de vencimento antecipado acima, também é comum o chamado *cross-default* (vencimento antecipado cruzado), que cria o seguinte efeito dominó:

- a) a companhia XPTO assina dois contratos bancários de concessão de crédito, sendo um com o Banco Itaú e outro com o Banco Santander;
- b) apenas o contrato do Banco Itaú prevê vencimento antecipado caso a XPTO se envolva em evento de corrupção, mas as duas preveem cláusula de vencimento antecipado

12 Termo de Compromisso assinado pelo Banco Central do Brasil em 29 maio 2020. Disponível em: «https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/termos_processossfn». Acesso em: 25 set. 2020.

13 Esse evento pode ser configurado de diversas maneiras, a depender do contrato em si. Alguns contratos falam do mero início de investigação contra a companhia sobre ato ilícito contra a administração pública, outros somente incluem uma decisão administrativa desfavorável da CGU, entre outros.

cruzado, que significa o direito de vencer antecipadamente sua dívida se outro contrato de crédito da XPTO seja vencido antecipadamente;

- c) em determinada ocasião, é apresentada denúncia do Ministério Público contra a XPTO por subornar agente público e fraudar licitação, levando o Banco Itaú a declarar o vencimento antecipado do seu contrato de crédito;
- d) em razão da cláusula de *cross-default*, o evento “c” acima também dá ao Banco Santander o direito de declarar o vencimento antecipado do seu próprio contrato;
- e) esse mesmo efeito ocorre em todos os contratos bancários da XPTO que possuem cláusula de *cross-default*, gerando à exigibilidade imediata de grande parte do seu passivo financeiro;
- f) o patrimônio da XPTO é exposto a uma série de arrestos, penhoras, e execuções extrajudiciais de garantias fiduciárias; e
- g) a XPTO precisa renegociar seus contratos em posição de nítida desvantagem (concurso de credores, recuperação judicial, etc) ou ter falência declarada.

Naturalmente, esse risco devastador de crédito é mais um incentivo para que companhias fiscalizem seus colaboradores e estruturam travas contra relações perversas com agentes públicos. Mas há um mitigador: instituições financeiras podem preferir abrir mão de vencer antecipadamente o crédito de uma sociedade empresária, mesmo que envolvida em evento de corrupção, para continuarem lucrando e evitar uma “corrida de penhoras” com outros credores. Isso dependerá, dentre outros aspectos, da etapa das investigações.¹⁴

14 Ainda que a instituição financeira não declare vencido antecipadamente seu contrato, é possível que ela cobre uma comissão da empresa por não exercer esse direito (*waiver fee*).

Diante do exposto, é possível afirmar que instituições financeiras integram de forma relevante o microsistema de combate à corrupção. No entanto, também é (lamentavelmente) possível que as próprias instituições acabem no lado errado da mira das autoridades – ou seja, possível que elas se tornem alvo de processos administrativos anticorrupção. Isso pode ocorrer de duas formas: (i) indireta, mediante descumprimento de obrigações PLDFT (conforme estudamos anteriormente), e (ii) direta, mediante participação efetiva da instituição e/ou de seus colaboradores em esquemas de favorecimento de agentes públicos em troca de vantagem indevida.

No Brasil, as instituições financeiras conseguiram se manter a uma distância saudável dos escândalos mais recentes, mas isso não é garantia de que nenhuma será eventualmente arrastada aos holofotes da corrupção. Se isso ocorrer, o escândalo pode gerar efeitos devastadores, dado o nível elevado de concentração do nosso sistema financeiro (69,8% dos ativos financeiros no Brasil são detidos pelos cinco maiores conglomerados).¹⁵

Há bons exemplos do passado nesse sentido. Primeiro, a intervenção do Banco Panamericano em 2012 revelou que ele havia cedido créditos em duplicidade para diversas instituições, escondendo a infração mediante fraude nas demonstrações financeiras. Como resultado da incerteza gerada pelo escândalo, o mercado de cessão de créditos sofreu uma retração relevante, mesmo sendo um instrumento importante para equilibrar liquidez no mercado.¹⁶ Segundo, a intervenção do Banco Santos em 2003 gerou desconfiança sobre as agências de *rating* na época, dado que diversas delas haviam atribuí-

15 V. (1) BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária 2019*, publicado em junho de 2020, p. 124; e (2) Voto relator do conselheiro João Resende no Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41, que aprovou com restrições a aquisição das operações brasileiras do Banco HSBC pelo Bradesco em 08 jun. 2016. Acesso em: 25 set. 2020.

16 BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Acórdão/CRSFN 11698/15. Recurso nº 13338. Relator: André Alvim de Paula Rizzo. Data de julgamento: 15 dez. 2015. Data de publicação: 25 jan. 2016.

do *scores* positivos ao banco até um mês antes da quebra.¹⁷ Terceiro, o papel exercido pelo Banco Rural no “Mensalão”, descoberto em 2005. Conforme condenações sofridas pelo banco e seus ex-dirigentes ratificadas pelo Supremo Tribunal Federal, o banco haveria forjado empréstimos para favorecer deputados e senadores do Congresso Nacional em troca de votos.¹⁸ Naturalmente, o sistema político foi fortemente abalado pelo evento, gerando repercussões no sistema financeiro.

Repercussões dessa espécie ferem o papel fundamental que instituições financeiras possuem de aumentar a eficiência da alocação de recursos na sociedade por meio da intermediação de capital entre agentes superavitários e deficitários (que vai além de combate à corrupção). Para demonstrar que escândalos de corrupção têm potencial de derreter todo um setor industrial, basta apenas avaliar o estado pós-Lava Jato do mercado de construção civil.¹⁹

Sendo assim, é de suma importância que o Banco Central, enquanto guardião da higidez do sistema financeiro nacional, ofereça um instrumento capaz de mitigar os danos decorrentes do envolvimento de instituição financeira em uma investigação de corrupção.

E esse instrumento agora existe.

17 SOUZA, Leonardo; CRUZ, Ney. Banco Santos põe em dúvida agências de risco. *Folha de São Paulo*, 28 nov. 2004. Disponível em: «<https://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u91158.shtml>». Acesso em: 29 out. 2019.

18 A liquidação extrajudicial do Banco Rural foi decretada pelo Banco Central em junho de 2013. No entanto, graças aos esforços do regulador durante a intervenção do Rural, foram mitigados os danos sofridos pela sociedade: na data da liquidação, a instituição financeira só detinha apenas 0,07% dos ativos e 0,13% dos depósitos do sistema financeiro (CAMPOS, Eduardo. BC decreta liquidação do Banco Rural. Valor *Econômico*, 02 ago. 2013. Disponível em: «<https://www.valor.com.br/financas/3221182/bc-decreta-liquidacao-do-banco-rural>». Acesso em: 20 set. 2020).

19 CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CBIC. *Taxa de Variação – Setores e Construção Civil*. 31 ago. 2018. Disponível em: «<http://www.cbicdados.com.br/menu/pib-e-investimento/pib-brasil-e-construcao-civil>». Acesso em: 19 set. 2020.

2. Acordo de leniência para instituições financeiras: o acordo de supervisão em processo administrativo do Banco Central.

Como já vimos, em 2017 foi publicada a Lei nº 13.506, que aumentou fortemente o arsenal punitivo do Banco Central e CVM (as maiores agências reguladoras do sistema financeiro). Um dos principais marcos foi a criação do “*acordo de supervisão em processo administrativo*”, uma réplica conceitual do acordo de leniência (já consolidado em outras esferas da legislação) específica para mercado financeiro, conforme arts. 30, 30, 31, 32 e 34.

Nós o chamaremos aqui de acordo de supervisão: um ajuste entre entidade estatal e infrator onde o primeiro recebe uma colaboração probatória do segundo em troca de suavização ou até extinção da pena que lhe seria aplicável, sendo certo que o infrator assume os riscos/contas de confessar a infração e colaborar com a função repressiva do Estado²⁰ – de quebrar a *omertà*, no vocabulário do crime organizado italiano.

Para tornar possível a compreensão das funções e imperfeições do acordo de supervisão, é fundamental a contextualização:

2.1. Acordo de leniência no Brasil.

As bases dos acordos de leniência brasileiro vieram das diretrizes do GAFI/TAFT (Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo) e de dois tratados internacionais: Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)²¹ e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida).²²

20 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

21 Ratificado pelo Decreto nº 5.015, de 2004.

Ambos os tratados determinam que os países signatários devem criar instrumentos de investigação que permitam a *colaboração* entre autoridades e infratores, principalmente para detecção do crime organizado. O racional é conseguir alcançar organizações criminosas sofisticadas que conseguem evadir as autoridades com (i) complexidade cada vez maior de infrações (até *offshore*); e (ii) garantias relevantes como presunção de não-culpabilidade, direito de não produzir provas contra si, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.²³

Essas fragilidades permitem a existência de “quadrilhas” tão elaboradas que uma investigação pelo Estado pode se tornar quase impossível sem a colaboração de um *insider* da organização.²⁴ É dessa conjuntura que surge o acordo de leniência. Para o Estado, uma ferramenta de incremento ao poder investigativo/punitivo do Estado. Para o infrator, uma oportunidade de conter os danos e quantificar o passivo que sua participação na conduta irregular vai lhe causar (“estancar a sangria”).

Kloub²⁵ e Hammond²⁶ citam quatro requisitos básicos para um programa de leniência bem-sucedido: (i) as autoridades devem ser capazes de investigar e punir os ilícitos mesmo sem o uso de programa de leniência; (ii) tais punições devem ser severas e prováveis o suficiente a ponto de que se tema cometer o ilícito (desincentivos para a decisão de delinquir); (iii) deve haver publicização para a sociedade dos benefícios concedidos pelo acordo ao infrator, e também

22 Ratificado pelo Decreto nº 5.687, de 2006.

23 MARRARA, Thiago, op. cit.

24 SIMÃO, Valdir Moyses, op. cit.

25 KLOUB, Jindrich. Using leniency to fight hard core cartels. OCDE (2009). Disponível em: «<http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>». Acesso em: 30 out. 2019.

26 HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program*. The United States Department of Justice, 22 nov. 2004. Disponível em: «<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>». Acesso em: 30 out. 2019.

dos ilícitos descobertos com sua ajuda; e (iv) deve haver transparência e previsibilidade no processo de negociação para que o infrator tenha incentivos para cogitá-la.

Partindo da premissa de que os autores estão corretos, nos parece que o melhor programa de leniência brasileiro atual é o do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), guardião do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Esse acordo foi criado pela Lei nº 10.149/2000 para investigar principalmente cartéis, usando bases sólidas já testadas no exterior.

Tais bases foram testadas inclusive no mercado financeiro. Em 2012, foi descoberto o famigerado “*cartel da LIBOR/EURIBOR*”, em que oito bancos teriam supostamente coordenado esforços para manipular taxas de câmbio.²⁷ Na ocasião, o que deu força ao início das investigações foi o acordo de leniência firmado entre a Comissão Europeia e Banco Barclays,²⁸ o que gerou, logo depois, a celebração de outros acordos com bancos investigados.²⁹ No Brasil, o Cade também tem investigações em andamento sobre supostos cartéis para manipulação de taxas de câmbio e já fechou oito acordos com instituições financeiras e pessoas físicas envolvidas (total de R\$ 226,4 milhões).³⁰

27 ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. The Lessons from Libor for Detection and Deterrence of Cartel Wrongdoing. *Harvard Business Law Review Online*, volume 3:10, p. 10-16, 2012.

28 REUTERS. Barclays paying \$453 million to settle Libor probe. *Reuters*, 27 jun. 2012. Disponível em: «<https://www.reuters.com/article/us-barclays-libor/barclays-paying-453-million-to-settle-libor-probe-idUSBRE85Q0J720120627>». Acesso em: 17 ago. 2019.

29 Vide (1) DEALBOOK. As Unit Pleads Guilty, UBS Pays \$1.5 Billion Over Rate Rigging. *Dealbook*, 19 dez. 2012. Disponível em: «<https://dealbook.nytimes.com/2012/12/19/as-unit-pleads-guilty-ubs-pays-1-5-billion-in-fines-over-rate-rigging/>». Acesso em: 17 ago. 2020; e (2) DFS fines Deutsche Bank AG \$205 million for unlawful, unsafe and unsound conduct in its foreign exchange trading business. *New York Department of Financial Services*, 20 jun. 2018). Disponível em: «<https://www.dfs.ny.gov/about/press/pr1806201.htm>». Acesso em: 17 ago. 2020.

30 Vide (1) CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade celebra cinco acordos em investigação de cartel no mercado de câmbio no exterior e abre nova investigação de cartel no mercado de câmbio do Brasil. *Cade*, 07 dez. 2016. Disponível em: «<http://www.Cade.gov.br/noticias/Cade-celebra-cinco-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-m>

Adicionalmente ao acordo de leniência do Cade, também existe o acordo de leniência da Lei Anticorrupção (art. 16), que permite a colaboração de sociedades empresárias corruptoras/corrompidas com a CGU³¹ em troca de redução parcial nas penalidades aplicáveis da Lei nº 12.846/13. O acordo de leniência anticorrupção foi criado em 2013 adotando parâmetros semelhantes aos do Cade (ainda que alguns autores considerem a adoção inadequada em razão das peculiaridades de cada esfera).³²

Já em 2017, foi criado pela Lei nº 13.506/17 o terceiro acordo de leniência e ponto focal desse estudo: o acordo de supervisão em processo administrativo do Banco Central e da CVM, semelhante em diversos aspectos com os acordos do Cade e CGU.

2.2. O acordo de supervisão do Banco Central na Lei nº 13.506/17.

Preliminarmente, há dois *disclaimers* a fazer. Primeiro, é verdade que a Lei nº 13.506/17 também instituiu a possibilidade de termo de compromisso com o Banco Central, o qual requer confissão do ilícito, indenização de prejuízos causados e multa administrativa

mercado-de-cambio-no-exterior-e-abre-nova-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-do-brasil». Acesso em: 25 set. 2020; e (2) CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade celebra três acordos em investigação de cartel no mercado de câmbio offshore. *Cade*, 13jun. 2018. Disponível em: «<http://www.Cade.gov.br/noticias/Cade-celebra-tres-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-offshore>». Acesso em: 25 set. 2020.

31 É certo que a assinatura do acordo de leniência pela CGU atrai outras autoridades, a exemplo da Advocacia Geral da União (Portaria CGU/AGU nº 2278/2016) e possivelmente do Tribunal de Contas da União (Instrução Normativa TCU nº 74/2015) enquanto fiscal do valor a ser ressarcido pelo infrator, ressalvadas as discussões atuais a respeito do tema. Para fins do presente estudo, dado o foco em instituições financeiras e para simplificação, nós englobaremos as três autoridades acima mencionadas ao mencionarmos a CGU como autoridade responsável pelo acordo de leniência da Lei nº 12.846/13.

32 CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei nº 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 370-386.

(análogo aos termos de compromisso da CMV).³³ Apesar de similar ao acordo de supervisão, o escopo desse estudo não incluirá o termo de compromisso.

Segundo, apesar de o acordo de supervisão também existir para a CVM, nosso foco é na regulação do sistema financeiro nacional (logo, Banco Central). Não negamos que os impactos da corrupção no mercado de capitais são relevantes, assim como a chance de o infrator mitigá-los mediante acordo com a CVM (principalmente companhias com ações negociadas na bolsa de valores),³⁴ mas a profundidade desse assunto demandaria um novo estudo em separado.

Passemos então ao mérito. O acordo de supervisão do Banco Central, assim como os acordos de leniência do Cade e CGU, representa a cooperação entre infrator e autoridade. Para celebrar o acordo, o proponente deve (i) confessar e cessar a prática do delito que feriu/está ferindo o sistema financeiro nacional, (ii) indicar os demais envolvidos no ato lesivo, quando aplicável; e (iii) cooperar e fornecer provas de toda espécie ao regulador, tudo em troca do possível benefício de atenuação/extinção da pena aplicável, a depender do valor que o proponente agregar nas investigações.

Apesar de ter sido bem discutido pelo Legislativo e pelo mercado durante a Medida Provisória nº 784/2017 (que antecedeu a lei), a estrutura do acordo de supervisão nasceu com algumas fragilidades que tornam questionável se infratores terão incentivo a procurá-lo. Veremos também que quase todas as fragilidades existem ou já existiram no acordo de leniência da Lei Anticorrupção.

³³ Art. 11, §5º da Lei nº 6.385, de 1965.

³⁴ Temos, por exemplo, o impacto fortíssimo na cotação das ações da JBS S.A quando foi circulada notícia em 17 de maio de 2017 de que os controladores da companhia estariam envolvidos em escândalo de corrupção. Mesmo havendo batido R\$ 10,97/ação dias antes da notícia, o seu baque nos investidores levou o preço do valor mobiliário a tão baixo quanto R\$ 6,26/ação (quase 50% de queda). Disponível em: «<https://br.advfn.com/bolsa-de-valores/bovespa/jbs-JBSS3/gráfico>». Acesso em: 30 out. 2019.

2.2.1. Pessoas físicas e (ausência de) efeitos penais.

Assim como o acordo de leniência na Lei do Cade, o acordo de supervisão na Lei nº 13.506/17 também pode ser proposto por pessoa física (na Lei Anticorrupção isso não é possível, dado que ela só prevê a responsabilidade de pessoas jurídicas). No entanto, o acordo de supervisão *não extingue a punibilidade penal das pessoas físicas que o assinam*.

Considerando que sua celebração deve ser publicizada à sociedade (e ao Ministério Público), questiona-se: uma pessoa jurídica, que atua somente por manifestação de vontade dos seus dirigentes, assinará um acordo confessando ato lesivo possivelmente tipificado como crime de um desses dirigentes? Diante desse clássico conflito de interesses, pode ser ingênuo esperar que um administrador priorizará seu dever de lealdade à companhia em um cenário que possa efetivamente resultar em sua prisão.

O acordo de leniência da Lei Anticorrupção também não prevê imunidade penal a pessoas físicas, e essa é uma das maiores críticas que sofre da doutrina e do mercado, potencialmente na contramão de recomendações internacionais.³⁵ A Lei nº 13.506/17 seguiu caminho semelhante ao invés de seguir como o acordo de leniência da Lei do Cade, que, por sua vez, garante imunidade penal aos seus signatários (considerada um motivo para o sucesso do programa).

Ainda há um agravante: se o Banco Central receber uma proposta de acordo de supervisão de instituição financeira que contenha indício de crime, ele é obrigado a dar ciência ao Ministério Público “*tão logo recebida a proposta de acordo*” (art. 31, §2º da Lei nº 13.506/17). Em outras palavras, um acionista/administrador/preposto bancário pode propor acordo de supervisão, ter sua proposta rejeitada e ainda sofrer denúncia do Ministério Público, já que a autoridade

35 SIMÃO, Valdir Moyses, op. cit.

teria sido alertada pelo regulador e iniciado uma investigação independente.³⁶

Nesse desenho, o mais provável primeiro passo do acionista/administrador/preposto de uma instituição financeira em busca de leniência acaba sendo procurar o Ministério Público para um acordo de colaboração premiada na física, e só depois pensar em acordo com o Banco Central. Foi assim que ocorreu na Lava Jato, onde colaboradores de companhias acusadas priorizaram acordos com o Ministério Público e não com a CGU, já que ela não poderia lhes conferir a famigerada imunidade penal.³⁷

2.2.2. Participação de outras autoridades administrativas.

Como se sabe, um único ato ilícito pode repercutir em diversas esferas do direito e ferir bens jurídicos tutelados por diferentes reguladores. O Banco Central é responsável por tutelar a solidez e eficiência do sistema financeiro, e regular funcionamento das instituições financeiras. As infrações que podem ferir esses bens jurídicos são listadas no art. 5º da Lei nº 13.506/17,³⁸ mas diversas delas tam-

36 Tão intensas foram as reclamações do mercado que o Banco Central afirmou que irá disciplinar essa comunicação com o Ministério Público em memorando de entendimentos (Art. 92-A da Circular nº 3.854/17). No entanto, como essa obrigação do Banco Central vem da própria Lei nº 13.506/17, nos parece que somente uma alteração legislativa suprirá esse desincentivo gerado aos jurisdicionados. Dito isso, é improvável essa alteração no curto prazo, dado que o comando da Lei nº 13.506/17 vem diretamente do art. 9º da Lei Complementar nº 105 (lei do sigilo bancário): “*Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos*”.

37 SIMÃO, Valdir Moyses, op. cit.

38 Temos como exemplo publicar demonstrações financeiras fraudulentas, simular operações sem fundamento econômico para auferir vantagem indevida, faltar com o dever de diligência enquanto administrador de instituição financeira, entre outras.

bém podem gerar responsabilidade cível e penal, além de administrativa perante outras autarquias. Vide casos práticos de intersecção dessas esferas:

- a) administradores do Banco Panamericano S.A. responderam pela intervenção de 2010 perante Banco Central, CVM e Ministério Público Federal;³⁹
- b) a Embraer S.A. assinou acordo com a CVM e Ministério Público em razão de propina transnacional que facilitou a compra de oito aeronaves suas pela República Dominicana,⁴⁰ e
- c) a UTC Engenharia S.A. firmou acordos de leniência com o Cade e CGU, que, além de atender a esfera administrativa, também previam dever de indenizar a Petrobrás (reparação na esfera cível).⁴¹

Pela natureza de suas atividades reguladores, o Banco Central e CVM tutelam bens jurídicos e regulam agentes bem próximos (risco agravado pelas duas autarquias não vislumbrarem *bis in idem* quando punem um agente regulado pela mesma infração).⁴² No entanto, é

39 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo Administrativo Sancionador nº 1/2011. Relator: Diretor Henrique Balduino Machado Moreira. Data de Julgamento: 27 fev. 2018.

40 V. (1) BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo Administrativo Sancionador nº RJ2015/1760. Relator: Diretor Pablo Renteria. Data de Julgamento: 11set. 2018; e (2) Termo de Ajustamento de Conduta assinado entre Embraer, Ministério Público Federal, e CVM em 06.10.2016.

41 RAMALHO, Renan. UTC fecha acordo de leniência e devolverá mais de R\$ 500 milhões, anuncia CGU. *GI*, 10 jul. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lavajato/noticia/utc-fecha-acordo-de-leniencia-com-a-cgu-e-devolvera-mais-de-r-500-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 25 set. 2020.

42 Para a CVM, o *bis in idem* é caracterizado quando se verifica a presença concomitante dos seguintes elementos: (i) identidade de sujeitos; (ii) identidade fática; e (iii) identidade de fun-

também possível que haja atração de outras esferas. Se uma instituição financeira for envolvida em escândalo de corrupção, os mesmos fatos serão puníveis pelo Banco Central e pela CGU (sem contar eventual atração de competência da CVM e do Cade). Por essa razão, é importante um diálogo concomitante entre o infrator e todas as autoridades com poder punitivo, reduzindo o risco de um eventual acordo nascer com “flancos” vulneráveis.

2.2.3. Sigilo na proposta e nas negociações.

Se é importante que uma negociação de acordo de leniência seja tocada pelo infrator com todas as possíveis fontes de passivo (autoridades que podem punir o respectivo ato lesivo), também é importante que o processo seja tocado em sigilo absoluto. Eventuais vazamentos acerca de um possível acordo de leniência podem comprometer a saúde financeira de uma companhia a um grau tão severo que pode ser até comparável ao grau de danos causados por uma efetiva condenação. Esse risco toma especial relevância no sistema financeiro, onde um mero rumor sobre instabilidade sobre uma instituição pode rapidamente desencadear liquidações antecipadas de ativos e corridas bancárias.⁴³ Parafraseando o célebre ditado romano, *não basta que um banco seja sólido – ele precisa parecer sólido.*⁴⁴

damentos jurídicos. A exigência desse terceiro item é o que garante, aos olhos do regulador, que não há dupla apenação quando um infrator é condenado pela CVM e pelo Banco Central pelos mesmos fatos, já que seus fundamentos vêm de leis diferentes (PAS CVM nºs RJ2015/176, RJ2012/1670 e 04/2010).

43 VIVES, Xavier. *Competition and Stability in Banking: the role of Regulation and competition policy*. Princeton: Princeton University Press, 2016. p. 39.

44 V. (1) CUNHA, Lorraine de Paiva; NEVES, Rúbia Carneiro. O Termo de Compromisso de Cessação e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão na Esfera de Atuação do Banco Central do Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Banco Central*, Brasília, v.12, n. 2, dez./2018; e (2) PINTO, Gustavo Mathias Alves. *Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 61.

Por essas razões, de acordo com a Lei nº 13.506/17, a proposta e negociação do acordo de supervisão com o Banco Central devem correr em absoluto sigilo, só devendo se tornar públicas se o acordo for efetivamente celebrado. No entanto, a prática apresenta algumas fragilidades que podem dar causa a vazamentos.

Primeiro, não é definida qual divisão do Banco Central deve receber e negociar os acordos de supervisão (ao contrário do que acontece na CGU⁴⁵ e Cade). Essa falta de transparência impede um *chinese wall* efetivo entre a área responsável por receber/negociar acordos e a área responsável por fiscalizar/punir (em outras palavras, aumenta o risco de a área fiscalizadora tomar ciência de que certa instituição propôs acordo de supervisão e iniciar uma investigação independente a partir desse fato). Segundo, ao contrário dos acordos da CGU e Cade, é obrigatório que a proposta seja escrita e não oral (art. 80 da Circular nº 3.857/17), aumentando o risco de vazamento para outras áreas do Banco Central (quebra do *chinese wall*) e para terceiros (Ministério Público e imprensa).⁴⁶

Essas fragilidades são fortes desincentivos a uma instituição financeira apresentar proposta ao Banco Central, dado que ela não tem garantia de que sua proposta não será vazada (risco agravado pela proposta ser por escrito). Em se tratando de sistema financeiro, o risco sistêmico disso seria incomensurável, sendo dever do Banco Central propor uma estrutura interna de negociação de acordos de supervisão blindada contra vazamentos, evitando assim efeitos catastróficos.

45 Somente servidores estáveis especificamente designados pela CGU podem participar da negociação do acordo (art. 31, §21º do Decreto nº 8.420/2015. Adicionalmente, o responsável final pela negociação do acordo é o Secretário-Executivo da CGU e o Ministro do Estado é responsável pela celebração (Portaria CGU nº 910, de 2015).

46 A obrigatoriedade de publicação do acordo de supervisão não é justificativa suficiente para impedir a proposta em forma oral, dado que um ponto não interfere com o outro. Podem coexistir proposta sigilosa e celebração pública.

2.2.4. Insegurança sobre o percentual de redução da penalidade.

Segundo art. 30 da Lei nº 13.506/17, o benefício do infrator interessado em acordo de supervisão poderá ser (i) extinção integral da ação punitiva, se o Banco Central não tiver conhecimento da infração, ou (ii) redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável, se o Banco Central já tiver conhecimento prévio:

Primeiro do grupo infrator a se qualificar?*	Banco Central tinha conhecimento prévio da infração?	Redução da pena
Sim (PJ ou PF***)	Não	100%
Sim (PJ ou PF)	Sim	1/3 a 2/3
Não (PJ)		
Não (PF)		
* Para se qualificar, a pessoa deve (i) identificar outros envolvidos no ato lesivo; <u>ou</u> (ii) comprovar a infração com informações/documentos novos ao Banco Central.		
** Se uma PJ não se qualificar junto a uma PF administradora/ex-administradora que proponha acordo de supervisão, a PJ não será beneficiada por tal acordo (art. 87, §1º).		

Conforme tabela acima, o acordo de supervisão não restringe o benefício da leniência apenas ao primeiro integrante da organização infratora a se qualificar (ao contrário do acordo de leniência da Lei Anticorrupção). Certamente foi uma escolha acertada do legislador, já que a colaboração de outros integrantes do grupo também pode cumprir o objetivo de aumentar a capacidade persecutória do Estado.

Para fins de dosimetria, no entanto, há outra fragilidade do acordo de supervisão: no momento de definir o percentual reduzido para agentes que não fazem jus à redução de 100% da pena (mas sim a redução entre 1/3 e 2/3), não há parâmetros objetivos para dosimetria pelo Banco Central. A Circular nº 3.857/17 só diz que serão avaliadas as informações/documentos/provas, momento de apresentação da proposta e boa-fé do signatário. Dada a subjetividade desses critérios, o volume efetivamente deduzido da penalidade ficará à mercê da discricionariedade do regulador.

3. O acordo de supervisão e sua compatibilidade com o acordo de leniência da Lei Anticorrupção: um único acordo para as duas autoridades?

Não é importante apenas que cada um desses acordos seja atrativo separadamente para uma instituição financeira. Também deve ser permitida/viabilizada uma negociação conjunta da infratora com o Banco Central e CGU, dado que ambos têm poder administrativo para punir atos de corrupção de pessoas jurídicas. O ideal seria então que dessa negociação surgisse um acordo multilateral onde todas as partes assumiriam simultaneamente todos os deveres e obrigações negociados.

O primeiro passo para checar a viabilidade dessa negociação é verificar se há identidade entre as obrigações que devem ser assumidas pelo infrator nos termos do Decreto nº 8.420, de 2015, e da Circular nº 3.857/2017:

DECRETO Nº 8.420/2015 – CGU	CIRCULAR Nº 3.857/2017 – BANCO CENTRAL
<p>Art. 28. O acordo de leniência [...]; devendo resultar dessa colaboração: I - <i>ser a primeira a manifestar</i> interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;</p>	<p>Art. 87-A. Os seguintes critérios devem ser observados para a fixação [...] do benefício <i>em favor do signatário que primeiro se qualificar</i>. I - a extinção da ação punitiva da administração pública, na hipótese [...] <i>sem que</i> o Banco Central do Brasil <i>tivesse conhecimento prévio</i> da infração noticiada; ou II - a redução de um terço a dois terços das penas aplicáveis na esfera administrativa [...] em que o Banco Central do Brasil <i>tiver conhecimento prévio</i> da infração noticiada.</p>
<p>Art. 28. O acordo de leniência [...]; devendo resultar dessa colaboração: II - <i>ter cessado completamente seu envolvimento</i> no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo;</p>	<p>Art. 87. O acordo [...] deve conter: IV - declaração [...] de que <i>cessou seu envolvimento</i> na infração noticiada ou sob investigação.</p>
<p>Art. 28. O acordo de leniência [...]; devendo resultar dessa colaboração: III - <i>admitir sua participação</i> na infração administrativa</p>	<p>Art. 87. O acordo [...] deve conter: III - <i>confissão expressa da participação</i> do signatário [...] no ilícito;</p>
<p>Art. 28. O acordo de leniência [...]; devendo resultar dessa colaboração: IV - <i>cooperar</i> plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e <i>comparecer, sob suas expensas</i> e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e</p>	<p>Art. 81 [...] VI - obrigações do signatário [...]: b) <i>cooperar</i> plena e permanentemente com as investigações [...]; e c) <i>comparecer, quando solicitado, sob suas expensas</i>, a todos os atos processuais até a decisão final sobre a infração noticiada.</p>

<p>Art. 28. O acordo de leniência [...]; devendo resultar dessa colaboração: V - fornecer informações, documentos e elementos que <i>comprovem a infração administrativa.</i></p>	<p>Art. 81 [...] VI - obrigações do signatário [...]: a) apresentar ao Banco Central do Brasil todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenha a posse, custódia ou controle, <i>capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação</i>, inclusive aquelas que vier a ter conhecimento no curso das investigações;</p>
<p>Art. 37. O acordo de leniência conterà [...]: II - a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo;</p>	<p>Art. 92. O descumprimento do acordo [...] implica a perda dos benefícios previstos no art. 30 da Lei nº 13.506, de 2017.</p>
<p>Art. 37. O acordo de leniência conterà [...]: IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade [...]</p>	<p>N/A (toda instituição financeira no Brasil é forçada a manter programa de integridade, conforme Resolução CMN nº 4.595, de 2017).</p>

Modesto Carvalhosa critica os requisitos trazidos pela Lei Anticorrupção e Decreto nº 8.420/15 por entender que a transposição de conceitos da Lei do Cade foi mal pensada e mecânica, deixando de observar as peculiaridades do ilícito de corrupção.⁴⁷ Em síntese, o autor faz três críticas, todas referentes ao art. 16 da Lei nº 12.846/13:

- a) leniência somente para o primeiro a se qualificar.* não haveria um “primeiro” no ilícito de corrupção, dado que essa infração que não exige concurso de autores e o agente público em si não é responsabilizável pela Lei nº 12.846/13 (mas sim por outras esferas que ela não atinge, como ação de improbidade administrativa);

⁴⁷ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 382-386.

- b) *cessação da conduta*: ao contrário de um cartel (que é contínuo), não seria possível cessar uma conduta de corrupção que pode ser pontual no tempo – um único suborno, por exemplo; e
- c) *admissão na participação do ilícito*: novamente, não haveria necessariamente um concurso de autores da infração. Adicionalmente, deveria se ter falado em “confissão”, já que “*participação*” não seria um termo tão objetivo.

Primeiramente, quanto aos itens “b” e “c”, de fato a estrutura do acordo anticorrupção poderia ter sido escrita de forma mais apropriada/específica para suas naturezas. No entanto, as críticas do autor não parecem insuperáveis para o funcionamento do programa de leniência, tampouco *deal-breakers* para um acordo conjunto entre instituição financeira, CGU e Banco Central.

Em um viés de interpretação sistemática, tanto a Lei nº 12.846/13 quanto a Lei nº 13.506/17 (e seus respectivos regulamentos no Decreto nº 8.420/15 e Circular nº 3.857/17) trazem o conceito de cessação de conduta do item “b” como um compromisso do infrator não continuar a cometer a mesma infração (sendo, por exemplo, uma série de subornos para o mesmo agente público).

Já no item “c”, entendemos que o Decreto nº 8.420/15 e Circular nº 3.857/17 indicam a admissão na participação do ilícito quando for caso de concurso de infratores. Caso não o seja, naturalmente só restará a confissão própria do ilícito. Felizmente, não precisamos entrar no mérito de a participação ser ou não uma confissão (problemática levantada por Carvalhosa), já que o art. 87, III da Circular nº 3.857/17 demanda que o infrator confesse a prática do ilícito de forma expressa. Logo, a confissão constará obrigatoriamente do acordo de supervisão/leniência.

Finalmente, o único ponto levantado por Carvalhosa que importa um descompasso entre o acordo de supervisão e acordo de leniência é o item “a”, com seu conceito *first come, first serve*, mas por

razões diferentes da que foi apontada. Pelos termos da Lei nº 13.506/17, poderíamos chegar a um cenário em que o Banco Central aceitaria assinar acordo de supervisão com qualquer integrante, mas a CGU somente aceitaria assinar acordo com o primeiro a se qualificar.

Na prática, parece então que temos uma condição preliminar para a negociação conjunta: só haverá acordo de supervisão/leniência da instituição financeira infratora com Banco Central e CGU se, em se tratando de concurso de infratores, ela seja a primeira integrante a se qualificar perante a CGU. Caso não seja a primeira, ela somente poderá assinar o acordo de supervisão com o Banco Central – como o acordo deve ser publicizado, isso se torna um desincentivo, já que a necessária confissão do ilícito atrairá penalidade pela CGU.

Concluimos então que, com exceção do requisito *first come, first serve*, as obrigações a serem assumidas por infrator perante as duas autoridades são praticamente análogas.

Ultrapassados os requisitos, devemos comparar as principais diferenças e semelhanças estruturais nos programas de leniência/supervisão da Lei nº 12.846/13 e da Lei nº 13.506/17. A ideia do comparativo é, principalmente, mapear eventuais incompatibilidades entre as duas estruturas normativas que possam impedir uma negociação conjunta pelo infrator com Banco Central e CGU.

MATÉRIA	ACORDO DE LENIÊNCIA CGU (LEI Nº 12.846/13)	ACORDO DE SUPERVISÃO BANCO CENTRAL (LEI Nº 13.506/17)
<i>Pessoa elegível</i>	Apenas pessoas jurídicas - as pessoas físicas não são responsabilizadas administrativamente.	Pessoas jurídicas e pessoas físicas.
<i>First come, first served?</i>	Sim.	Não, mas o benefício do acordo é menor se não for primeira pessoa a se qualificar.

<i>Benefício administrativo na leniência prévia</i>	Redução de até 2/3 da multa (sem mínimo aplicável) + extinção da sanção de publicação extraordinária da condenação.	Isenção da penalidade.
<i>Benefício administrativo na leniência concomitante</i>	Redução de até 2/3 da multa (sem mínimo aplicável) + extinção da sanção de publicação extraordinária da condenação.	Redução de 1/3 a 2/3 da pena (multa e/ou período de inabilitação).
<i>Benefício cível</i>	Possível isenção das penalidades de (i) contratar/receber incentivos do poder público; e (ii) dissolução compulsória. Não exclui dever de reparar dano causado.	Não exclui dever de reparar dano causado.
<i>Benefício penal</i>	Não há – contrário ao parâmetro do Cade.	
<i>Benefício internacional</i>	N/A (questão de jurisdição), mas os acordos na esfera da Operação Lava Jato incluem obrigação do MPF atuar como intermediário em discussões com agências no exterior (SEC e DoJ).	
<i>Proposta de sigilo oral</i>	Permitida (art. 31 do Decreto nº 8.420/15).	Não permitido – impacto na garantia de sigilo.
<i>Área de negociação do acordo</i>	Secretário-Executivo negocia o acordo e Ministro do Estado o assina ⁴⁸ (Portaria CGU nº 910/2015)	Indefinido - impede uma chinese wall adequada entre área de negociação e área de fiscalização/acusação.
<i>Comunicação ao Ministério Público</i>	Ocorre no processo administrativo, não na negociação do acordo de leniência.	Banco Central deve comunicar indícios de crime ao receber proposta, ainda que a recuse.
<i>Efeitos da negociação frustrada</i>	Descarte do material utilizado na proposta/negociação.	

Em uma análise preliminar, não parece haver condição conflitante entre os dois acordos. A única discrepância material parece ser em relação à (i) “*Pessoa elegível*”, onde Banco Central aceita pessoas físicas e jurídicas, enquanto CGU só tem interesse em pessoas jurídicas (discrepância essa que não prejudica um acordo conjunto entre as duas autoridades, dado que a participação de pessoas físicas no acordo para colaborar com o Banco Central seria imaterial para a CGU) e (ii) “*First come, first served*” (cujo resultado da discrepância já foi comentado nos parágrafos acima). O benefício administrativo conferido por cada autarquia aos proponentes do acordo conjunto, enquanto diferente em termos de pisos e tetos, será calculado individualmente por cada uma delas em suas respectivas competências.

Sendo assim, em suma, *não parece haver entraves para uma atuação conjunta entre Banco Central e CGU na negociação de acordos de leniência/supervisão com instituições financeiras investigadas por ato de corrupção*. Dessa conclusão, nós inferimos que seria um forte incentivo para possíveis proponentes que as duas autarquias demonstrassem disposição para atuar de forma uma nessas negociações,⁴⁹ dado que um acordo firmado por uma autarquia e não firmado com a outra exporia a instituição financeira a um passivo não endecado.

Na verdade, o mesmo raciocínio deve se aplicar à inclusão do Ministério Público, dado que a imunidade penal para signatários pes-

48 Essa segregação na esfera da CGU, ainda que superior à ausência de qualquer definição específica, não deixa de ferir de certa forma o princípio do juiz natural aplicado aos processos administrativos. O Ministro de Estado também é responsável por julgar processos administrativos no âmbito da CGU. Dessa forma, dado que ele toma a decisão sobre aceitar ou não uma proposta de leniência, naturalmente com base em informações documentais que lhes são apresentadas pelo proponente, a sua imparcialidade estará inevitavelmente comprometida caso venha a rejeitar a proposta e seguir ao julgamento (SIMÃO, Valdir Moyses, op. cit.).

49 Naturalmente, o raciocínio sobre ser aconselhável a atuação conjunta se aplica a todas as autoridades administrativas/judiciais com poder de punir ilícitos de corrupção no caso concreto (i.e., Ministério Público, CVM e Tribunal de Contas da União). O que se desejou pontuar nesse estudo é que existe uma facilidade maior na integração entre Banco Central e CGU em razão de não haver *deal-breakers* em suas respectivas estruturas de programa de leniência.

soa física não pode ser concedida pela Lei nº 12.846/13 e nem pela Lei nº 13.506/17. Deve ser articulada cooperação entre Banco Central, CGU e Ministério Público para criar incentivos às instituições financeiras que desejam propor acordo de supervisão. Caso contrário, um programa de leniência não vai interessar um administrador de sociedade infratora se o Ministério Público puder usar a confissão para mandá-lo preso.

Por essas razões, as três autoridades devem se manter próximas para maximizar os incentivos dos infratores para participar da leniência e endereçar todas as possíveis fontes de penalidade de uma só vez – Banco Central, CGU, e Ministério Público. O resultado dessa cooperação é o desejável objetivo de incrementar o poder investigativo e punitivo do Estado contra atos de corrupção de agentes do sistema financeiro nacional, ao mesmo tempo preservando a solidez do sistema contra risco sistêmico e corridas bancárias decorrentes de escândalos de corrupção.

Conclusão

Para o Estado, o acordo de supervisão (e acordo de leniência no geral) é uma ferramenta para desestabilizar, investigar e punir organizações criminosas sofisticadas ao ponto de serem virtualmente inalcançáveis pelas autoridades sem a colaboração de um *insider*. *Para o infrator, é uma chance de fazer cessar o passivo decorrente do ato lesivo que cometeram (“zerar a pedra”), começar a reparar os danos à imagem que podem ter sofrido em decorrência da publicização de investigações, e, no caso de pessoas físicas, evitar/reduzir tempo de prisão. Dito isso, algumas fragilidades podem tornar o acordo de supervisão do Banco Central do Brasil desinteressante para eventuais infratores interessados em atingir os benefícios citados acima:*

- a) ausência de imunidade penal para signatários pessoa física, cuja exposição atrairia inevitavelmente o Ministério Público;

- b) ausência de incentivos para participação conjunta de outras autoridades administrativas com poder para punir o ato lesivo objeto do acordo;
- c) obrigação do próprio Banco Central de enviar ao Ministério Público propostas de acordo que contêm indícios de crimes, ainda que o regulador não as aceite;
- d) ausência de divisão interna bem definida sobre qual área do Banco Central deve ser responsável por receber e negociar as propostas de acordo, facilitando o vazamento (intencional ou não) para a área de fiscalização, Ministério Público, outras autoridades e imprensa; e
- e) ausência de critérios claros sobre quanto será a redução da penalidade aplicável, na hipótese em que esta for apenas parcial.

Nosso objetivo com o presente estudo foi checar se há compatibilidade entre o acordo de supervisão da Lei nº 13.506/17 e o acordo de leniência da Lei nº 12.846/13 para uma instituição financeira que se vir implicada em escândalo de corrupção, trazendo tanto o Banco Central quanto a CGU para a mesa de uma só vez.

Apresentadas nossas avaliações sobre os comparativos entre as estruturas legais do acordo do Banco Central e acordo da CGU, nossas conclusões são de que (i) não há impedimento material para a negociação e atuação conjunta entre Banco Central e CGU para celebração de um único acordo de supervisão/leniência com a pessoa jurídica responsável pelo ato lesivo, viabilizando assim que ela enderece simultaneamente as autoridades punitivas (“estancando a sangria”); e (ii) a negociação conjunta deve abranger inclusive e especialmente o Ministério Público, dado que a ausência de efeitos penais sabotaria quase que integralmente os incentivos que pessoas físicas (inclusive as que tomam as decisões em nome da pessoa jurídica) têm para apresentar uma proposta de acordo de supervisão/leniência às autoridades administrativas.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.DOC” para os e-mails: mmenezes@bocater.com.br e scampinho@campinhoodv.com.
3. Os artigos deverão 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. Em caso de haver alíneas, estas iniciam a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (f) Espaçamento: antes e depois: 0 pt.; entrelinhas: espaço de 1,5 linha 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, corpo 10 para notas de rodapé; cor: preta;
 - (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, salvo em caso de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída ao final do texto transcrito a expressão “grifos do autor”); Espaçamento entrelinhas: simples;
 - (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverá 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;
 - (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo o seguinte padrão: SOBRENOME DO AUTOR, Nome do Autor. *Título da Obra*. Cidade: Editora, Ano, p. [página]; e
 - (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.
5. As regras de padronização não especificadas neste roteiro deverão observar o “Roteiro para apresentação das teses e dissertações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro”, divulgado em 2007, disponível no endereço eletrônico http://www.cepeduerj.org.br/roteiro_uerj_web.pdf.
6. Os Conselhos Editorial e Executivo da Revista reservam-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Todos os trabalhos recebidos serão submetidos aos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, aos quais cabe a decisão final sobre a publicação.