

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 14

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

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2014

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 e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie - SP).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 14 (Janeiro / Junho de 2014)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2015.

Editorial

Apresentamos aos leitores a RSDE nº 14, referente ao primeiro semestre de 2014. Neste número contamos com a participação de 12 autores em 9 artigos.

Inicialmente, Michael Reise, Graduado em Direito pela Universidade de Chicago, Doutor pela *Northwestern University* e professor da *Cornell Law School* (EUA) apresenta instigante trabalho sobre os programas de resolução alternativa de disputas – RAD nos Estados Unidos (em inglês: *Alternative Dispute Resolution* – ADR), expondo, numa perspectiva empírica, as razões para a perda de atratividade. Os programas de RAD pretendem gerar excedentes sociais, em parte por meio da promoção de transações e redução do tempo de duração do conflito entre partes litigantes. O estudo explora uma base de dados única e abrangente de decisões judiciais de primeira instância e de julgamentos de recursos em Tribunais estadunidenses, além de verificar as hipóteses pertinentes para questões relacionadas a esclarecer em que medida programas de RAD “*Court-Annexed*” incentivam acordos e reduzem tempo para a solução do conflito.

Em seguida, honra-nos com sua participação na RSDE o Prof. Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Catedrático de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), em coautoria com Rui Pereira Dias, professor de Direito Comercial na Universidade de Coimbra e Mestre em Direito pela mesma instituição. O artigo traz uma panorâmica do direito aplicável às sociedades fechadas no direito societário português. O texto analisa a constituição do principal tipo societário adotado pelas sociedades fechadas – sociedade por quotas (SQ), e temas como o estatuto e acordos parassociais, governação interna, transmissão de quotas entre vivos, exclusão e exoneração de sócios e situações de conflitos entre eles, incluindo nessa temática a resolução alternativa de litígios.

A Professora de Direito Mercantil na Universidade Complutense de Madrid (Espanha) Mónica Fuentes Naharro é a autora do artigo sobre o Contrato de *Cash Pooling*. O estudo apresenta a definição, elementos componentes, requisitos, formação e categorias, para diferenciar o instituto de figuras afins, como o *netting*. Analisa-se também o tratamento legal, doutrinário, jurisprudencial (ou sua ausência) do *cash pooling* nos países europeus e na Espanha por meio da comparação de experiências e pontos sensíveis ao ordenamento jurídico dos países estudados, com atenção para o modelo alemão.

O quarto artigo deste número é oferecido pelo nosso querido amigo Gustavo Tepedino, a quem uma vez mais agradecemos sua prestimosa colaboração. O professor titular de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da UERJ discorre em seu trabalho, na modalidade de parecer, sobre a qualificação do contrato de alienação de controle social, bem como a cessão do exercício do direito de preferência à subscrição de ações, que toma por parâmetro valorativo o princípio da boa-fé objetiva aplicado ao direito empresarial.

Também saudamos a participação do jurista, advogado e Prof. Titular de Direito Comercial da PUC/SP, Fábio Ulhoa Coelho, tradicional colaborador da RSDE, com o artigo *Legal Protection of Investments*. O ensaio discute os fundamentos da relação entre a proteção jurídica do investimento privado e os interesses metaindividuais. Essa discussão evidencia a segurança jurídica como um importante componente da proteção jurídica do investimento privado. Revela também ser incorreto reduzir a proteção jurídica do investimento privado à proteção de interesses individuais. Ademais, discute como a baixa proteção jurídica do investimento privado representa uma barreira à entrada de novos competidores e mostra que aqueles fundamentos foram adotados pelo Projeto de Código Comercial brasileiro (Projeto nº 1572/11 (Câmara) e Projeto nº 487/13 (Senado)). A conclusão apresenta os elementos básicos de um modelo empírico (jurimétrico) para a mensuração dos níveis de proteção jurídica do investimento privado.

O sexto artigo, de nossa autoria com o Dr. Rodrigo Botelho Corrêa, Mestre em Direito pela UERJ, Advogado e Procurador do Es-

tado do Rio de Janeiro, intitula-se “A Reparação Integral do Dano à Atividade Negocial”. O estudo investiga a aplicação do princípio da reparação integral do dano causado às atividades negociais. O objetivo principal é tratar de uma das vertentes que o Direito exerce no seu papel de corretor das chamadas falhas de mercado. Analisam-se os preceitos jurídicos da responsabilidade civil em relação a essas falhas de mercado e sua implicação na solução de algumas questões jurídicas envolvendo a atividade negocial. Ao final são apresentadas quatro hipóteses de litígio envolvendo a discussão sobre a prevenção ou a reparação de danos relacionados a custos de transação e o seu tratamento pela jurisprudência.

No artigo seguinte, Marlon Tomazette, Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Procurador do Distrito Federal e advogado, discorre sobre a possibilidade de concessão da recuperação judicial pelo juiz, superando a vontade manifestada pelos credores. O autor discute a interpretação estrita da lei sobre a vinculação da concessão da recuperação à manifestação favorável dos credores, tendo em vista os princípios da função social da empresa, da preservação da empresa, as consequências de uma eventual falência, bem como a eficiência das decisões judiciais. À luz desses fatores, devem ser definidos quais são os limites da atuação jurisdicional em face da manifestação da vontade dos credores em tal procedimento.

No oitavo artigo desse número, Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, professor de direito comercial da UERJ e o advogado Wallace Corbo analisam os requisitos e limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro às cláusulas de não-concorrência. São analisadas a natureza de tais cláusulas, concluindo os autores pela possibilidade, em tese, de ao menos três espécies: aquelas que vedam o restabelecimento do contratante sujeito ao dever de não-concorrência; as que vedam o exercício de sua profissão enquanto empregado; e as que conjugam ambas as características. Assim, à luz da legislação e dos princípios constitucionais aplicáveis, sustentam que as mencionadas cláusulas deverão obedecer a 5 (cinco) espécies de limites ou requisitos, a depender de sua natureza: limite temporal; limite geo-

gráfico-espacial; essencialidade e necessidade para a viabilização do negócio principal; existência de risco de prejuízo ao empregado; e previsão de contraprestação ou indenização devida em razão do período de quarentena.

O último artigo desse número, de Frederico Garcia Pinheiro, Mestre em Direito Agrário e Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás – UFG, Procurador do Estado de Goiás e advogado, dedica-se a expor os requisitos para a conformação da empresa agrária na legislação brasileira. O tema é sempre atual e de altíssima relevância para nossa atividade econômica. No trabalho, o autor apresenta as teorias clássicas sobre a atividade agrária, o panorama da atividade agrária na legislação brasileira, a empresa agrária e a “atividade rural” como principal profissão do titular, empresa agrária, agronegócio e agroindústria e a empresa agrária e a empresa rural no Estatuto da Terra.

A todos, antigos e novos leitores, expressamos nossos agradecimentos pela sempre generosa acolhida.

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

Colaboraram neste número

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Adjunto nas Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos – FDC. E-mail: asaa@uol.com.br

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). E-mail: jabreu@fd.uc.pt

Eduardo Takemi Kataoka

Doutor e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Adjunto de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor da Universidade Cândido Mendes – UCAM. Advogado. E-mail: takemi@gcmc.com.br

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogado. E-mail: fabio@ulhoacoelho.com.br

Frederico Garcia Pinheiro

Mestre em Direito Agrário e Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Especialista em Direito Processual pelo Axioma Jurídico. *Master of laws* em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Palestrante da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Goiás – OAB-GO. Presidente da Comissão de Direito Empresarial a OAB-GO. Pro-

curador do Estado de Goiás, atualmente ocupando a chefia do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás – CE-JUR da PGE-GO. Advogado. E-mail: frederico@pinheirofortini.adv.br

Gustavo Tepedino

Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália) e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UERJ. Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Visitante das Universidades de Molise (Itália); São Francisco (Califórnia — EUA) e Poitiers (França). Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Privado Comparado e Internacional (Hamburgo — Alemanha) e da Universidade de Stanford (Califórnia — EUA). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil — IBDCivil. Advogado. E-mail: gt@tepedino.adv.br

Marlon Tomazette

Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Professor Titular do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Procurador da Procuradoria Geral do Distrito Federal. Advogado. E-mail: marlon@opendf.com.br

Michael Heise

Professor na Cornell Law School (EUA). E-mail: michael.heise@cornell.edu

Mónica Fuentes Naharro

Professora de Derecho Mercantil na Universidad Complutense de Madrid (Espanha). E-mail: monicafuentes@der.ucm.es

Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa

Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: rodrigocorrea@laacorrea.adv.br

Rui Pereira Dias

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). LL.M. pela New York University. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). E-mail: ruidias@fd.uc.pt

Wallace Corbo

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado. E-mail: wcorbo@gcmc.com.br

Sumário

WHY ADR PROGRAMS AREN'T MORE APPEALING: AN EMPIRICAL PERSPECTIVE Michael Heise	1
SOCIEDADES FECHADAS Jorge Manuel Coutinho de Abreu e Rui Pereira Dias	57
EL CONTRATO DE CASH POOLING Mónica Fuentes Naharro	93
QUALIFICAÇÃO CONTRATUAL, EXERCÍCIO DE DIREITO DE PREFERÊNCIA EM GRUPOS SOCIETÁRIOS E BOA-FÉ OBJETIVA NA ALIENAÇÃO DE CONTROLE Gustavo Tepedino	143
LEGAL PROTECTION OF INVESTMENTS Fábio Ulhoa Coelho	191
A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO À ATIVIDADE NEGOCIAL Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa	205
A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA VONTADE DOS CREDORES NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL Marlon Tomazette	247
A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA, SEU POSICIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E REQUISITOS PARA SUA VALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE Eduardo Takemi Kataoka e Wallace Corbo	279
EMPRESA AGRÁRIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA Frederico Garcia Pinheiro	301

WHY ADR PROGRAMS AREN'T MORE APPEALING: AN EMPIRICAL PERSPECTIVE¹⁻²

POR QUE OS PROGRAMAS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD) NÃO SÃO MAIS ATRATIVOS: UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA

Michael Heise

Abstract: Standard law and economic theory suggests that litigating parties seeking to maximize welfare will participate in alternative dispute resolution (ADR) programs if they generate a surplus. ADR programs claim to generate social surplus partly through promoting settlements and reducing case disposition time. Although most associate ADR programs with trial courts, a relatively recent trend involves appellate courts' use of ADR programs. The emergence of court-annexed ADR programs raises a question. Specifically, if ADR programs achieve their goals of promoting settlements and reducing disposition time, why do some courts find it necessary to

1 Artigo recebido em 22.07.2015 e aceito em 07.12.2015.

2 I am grateful to Dawn M. Chutkow, Theodore Eisenberg (1947-2014), Nicole Heise, Marty Wells, and an anonymous referee for their comments on an earlier version of this paper. An earlier version of this paper was presented at Northwestern University School of Law's Research Symposium on Empirical Studies of Civil Liability as well as at faculty workshops at Notre Dame Law School and Suffolk University Law School. This article was originally published in 7 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 64-96 (March 2010). Reprinted by permission from Cornell Law School, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES, and Wiley Subscription Services, Inc.

impose ADR participation? Attention to ADR's ability to achieve its goals provides one clue. Most empirical assessments of ADR programs' efficacy have been mixed. This study exploits a uniquely comprehensive database of state civil court trials and appeals and tests hypotheses germane to questions about whether court-annexed appellate ADR programs stimulate settlement and reduce disposition time. Using data from 46 large counties consisting of 8,038 trials that generated 965 filed appeals, with 166 appeals participating in ADR programs, findings from this study provide mixed support for ADR programs. Specifically, results from this study indicate that participation in an ADR program correlates with an increased likelihood of settlement but not reduced disposition time. ADR programs' mixed efficacy diminishes its appeal to litigants. Institutional interests help explain why appellate courts impose ADR participation notwithstanding mixed results on ADR efficacy.

Keywords: Litigation. Civil Procedure. Alternative dispute Resolution.

Resumo: A doutrina jurídica e econômica tradicional sugere que as partes litigantes que buscam maximizar ganhos de bem-estar vão participar de programas de resolução alternativa de disputas (RAD) se eles gerarem excedentes. Os programas de RAD pretendem gerar excedentes sociais, em parte por meio da promoção de transações e redução do tempo de duração do conflito. Embora a maioria associe os programas de RAD aos julgamentos realizados pelos juízos de primeira instância, uma corrente relativamente recente exige que os Tribunais de segunda instância usem programas de RAD. A emergência de programas de RAD "Court-Annexed" levanta um problema. Especificamente, se os programas de RAD alcançam suas metas de promoção de acordos e de redução do tempo para solução de conflitos, porque alguns tribunais entendem necessária a imposição de participação nos programas de RAD? Uma observação atenta à capacidade da RAD alcançar seus objetivos proporciona um indício. A maior parte das análises empíricas da eficácia dos programas de RAD tem sido divergente. Este estudo explora uma base de dados única e

abrangente de decisões judiciais de primeira instância e de julgamentos de recursos e testa hipóteses pertinentes para questões relacionadas a esclarecer em que medida programas de RAD “Court-Annexed” incentivam acordos e reduzem tempo para a solução do conflito. Por meio da análise de dados de 46 comarcas compostos por 8.038 decisões judiciais de primeira instância que geraram a interposição de 965 recursos, dentre os quais 166 participando de programas de RAD, as conclusões deste estudo propiciam entendimentos divergentes para os programas de RAD. Especificamente, as conclusões deste estudo indicam que a participação em programas de RAD está em correlação com uma majorada probabilidade de transação mas não de redução do tempo de duração do conflito. A eficácia controversa dos programas de RAD diminui sua atratividade para as partes litigantes. Interesses institucionais explicam por que os tribunais impõem a participação em programas de RAD, a despeito dos divergentes resultados acerca de sua eficiência.

Palavras-chave: Contencioso. Processo Civil. Resolução alternativa de disputas.

Summary: II. Introduction. II. Theoretical justifications for ADR programs and related empirical literature. A. ADR Theory. B. Evidence on ADR program efficacy. III. Data, methodology and research design. IV. Initial observations. A. Settlements. B. Disposition Time. V. Assessing ADR influence by modeling decisions to appeal and settle and Disposition Time. A. Decisions to appeal. B. Decisions to settle. C. Modeling appeal Disposition Time. D. Results and discussion. 1. Settlement. 2. Disposition Time. E. Courts’ institutional interests in mandating ADR participation. VI. Conclusion.

I. INTRODUCTION.

Momentum and demand for alternative mechanisms to resolve legal disputes build as dissatisfaction with formal litigation

grows. Standard law and economic theory suggests that litigating parties seeking to maximize welfare will participate in alternative dispute resolution (ADR) programs if they generate a surplus³. Although ADR means different things to different people and the scholarly literature notes an array of policies and practices commonly associated with ADR programs, these programs share a claim to generate social surplus partly through promoting settlements and reducing case disposition time⁴. A relatively recent development in the ADR movement is its expansion into appellate litigation⁵. Responding to increased momentum and demand, alternative dispute resolution (ADR) programs increase in number and influence⁶. This growth is far from smooth, however, as satisfaction with ADR is uneven.⁷ Uneven satisfaction levels aside, the growing popularity of ADR programs, and their re-

3 SHAVELL, Steven. *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*. *J. Legal Stud.* 1995, v. 24 1, 5. (arguing that litigating parties “would tend to adopt ADR if it would lead to mutual advantages”).

4 See, e.g., BRAZIL, Wayne D. Should Court-Sponsored ADR Survive? 21 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 2006 P. 214-247. (Noting that the most “common promise” was that ADR programs would reduce cost and delay in civil litigation); HENRY, James F. The Courts at a Crossroads: A Consumer Perspective of the Judicial System. 95 *Geo. L.J.* 2007, p. 945. (Addressing arguments for ADR in the federal context); STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. 1 *J. Empirical Legal Stud.* 2004, p. 843-875,

5 FETTY, Jeremy L. Pre-Argument Settlement at the Michigan Court of Appeals: A Secret Too Well Kept. 7 *J. App. Prac. & Process.* 2005, p. 317 (Noting that appellate ADR programs emerged in the late 1980s and early 1990s).

6 For a recent summary see, e.g., SHESTOWSKY, Donna & BRETT, Jeanne M., Disputants’ Perceptions of Dispute Resolution Procedures: A Longitudinal Empirical Study. UC Davis Legal Studies Research Paper Series, No. 130, mar. 2008. At 4 (“Now, more than ever, disputants have a variety of options for resolving legal conflict.”). See generally STIPANOWICH, *supra* note 4.

7 For example, for a debate about whether companies increasing ashew arbitration agreements, compare Theodore EISENBERG, Theodore & MILLER, Geoffrey P. The Flight From Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in the Contracts of Publicly Held Companies. 56 *DePaul L. Rev.* 2007, p. 335. (Arguing companies avoid arbitration), with DRACHOZAL, Christopher R. & WITTRUCK, Quentin R. *Is There a Flight from Arbitration* Available at: <http://ssrn.com/abstract=1147697> (arguing that evidence about a flight from arbitration agreements is inconclusive).

cent expansion into the appellate setting, imply some level of success in achieving its core objectives.

Support for ADR programs is intuitive and those demanding ADR programs range from private litigants to lawmakers and courts⁸. One distinct subspecies of the broader ADR movement includes court-annexed (or court-mandated) ADR programs⁹. These mandatory yet nonbinding ADR programs exist in many states for certain types of civil litigation and contribute to the steady increase in ADR programs¹⁰. The emergence of court-annexed ADR programs implies, however, that not all litigants perceive ADR programs' benefits. If they did, court-annexed ADR programs would be redundant as a policy option. Why do courts feel the need to compel ADR if economically rational litigants would seek such programs? Presumably, courts that impose ADR participation on litigants perceive that benefits from ADR participation must exist independent of litigants' perspectives. Consequently, attention to courts' institutional interests is warranted.

It is important to keep in mind how ADR programs seek to achieve its twin goals of increased settlements and reduced case disposition time. Critically, ADR programs seek to stimulate information sharing about a legal dispute among litigants. Additional information provides litigants greater clarity on the likely legal outcome of their dispute. Greater information flow is critical as it facilitates litigants' assessments of the relative and absolute strengths of their legal disputes. With greater legal or factual clarity comes an increased likelihood of settlement. Settlements typically reduce case disposition time

8 See, e.g., EDWARDS, Harry T. *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* 99 *Harv. L. Rev.* 1986, p. 668.

9 For a discussion of court-mandated and court-annexed ADR programs and the particular problems that arise in this context see generally BRAZIL, *op. cit.*, supra note 4.

10 More specifically, court-annexed ADR programs exist in 38 of the 46 counties included in the dataset. For a fuller description see *infra* Part II.

and, in so doing, decrease costs (private and public)¹¹. Moreover, by identifying the specific contested issues with greater clarity to the parties, a strong form of the ADR argument is that participation generates a net reduction in disposition time even for cases that do not settle and, instead, proceed to trial¹².

Even where settlement might be less costly and take less time than litigation and where ADR participation might make sense in the abstract, some litigants, perhaps those wary of “second class justice”¹³, either avoid ADR altogether or, after participating in ADR, take legal disputes to trial. Although litigant motives vary across cases, litigants that pursue claims to trial do so partly because they can endure the costs of litigation and, presumably, because they sense some reasonable level of uncertainty – factual or legal – about their case’s outcome¹⁴. The sub-pool of disputes that withstands settlement or withdrawal, as well as the various motions for directed verdicts and summary judgments and other dispositions, more likely comprises disputes whose underlying merits reside somewhere in the “gray middle area”. Additional – if similar – filters arise during the post-trial appellate process¹⁵.

11 See BRAZIL, *op. cit.*, supra note 4, at p. 247 (identifying relief of court docket pressure as one important public benefit from ADR).

12 See, e.g., RUCH-ALEGANT, Kimberly M. *Markman*. Note: In: The Light of De Novo Review, Parties to Patent Infringement Litigation Should Consider the ADR Option. *16 Temple Envtl. L. & Tech. J.* 1998, p. 307-308. (Arguing that even where ADR programs failed to eliminate the need for a trial it could be used to facilitate the construction of the claim issues in a patent dispute). This strong form of the ADR proponent claim, however, does not benefit from empirical support. See Michael Heise, Justice Delayed?: An Empirical Analysis of Civil Case Disposition Time. *50 Case Western Res. L. Rev.* 2000, p. 813 and 846-847.

13 For a discussion see BRAZIL, *op. cit.*, supra note 4, at p. 253-254 (reviewing the “second-class justice” argument).

14 See generally PRIEST, George L. & KLEIN, Benjamin. The Selection of Disputes for Litigation. *13 J. Legal Stud.* 1. 1984.

15 *Id.* at 29 (arguing that, aside from possible precedential concerns, selection effect applies “indistinguishably to trial and appellate disputes”). See also EISENBERG, Theodore & HEISE,

Although most associate ADR programs with trial courts, a relatively recent trend involves appellate courts' use of ADR. The trial and appellate court contexts differ in important structural ways that plausibly influence the efficacy of court-annexed ADR programs. At the pre-trial stage, ADR programs offer adverse parties a neutral and realistic forum to better assess of what could transpire if their dispute were to proceed to a full, formal trial¹⁶. At the appellate stage, however, both parties already know what happened at trial. While the outcome of an appeal is presumably unclear to one or both of the litigants, there is comparatively far less information remaining for the litigating parties to share. Factors other than information deficits or asymmetry contribute to appellate activity. Should errors occur, for example, the trial itself can inject new legal (appellate) uncertainty into a dispute. Various economic factors cut in opposing directions. On the one hand, insofar as both parties at the appellate stage have already invested in the cost of a full trial, marginal costs incident to an appeal are generally less than the cost of a trial. On the other hand, after spending money necessary for a trial perhaps fewer financial resources remain for an appeal.

Efforts to test ADR programs' efficacy require careful attention to research design considerations. Findings from studies that simply compare disposition times for cases that settle incident to ADR participation with cases that do not settle, for example, reveal little in terms of ADR participation's independent influence on a case's disposition time and related litigation costs. After all, cases that settle almost always do so in less time than cases that are tried to a judge, jury, or

Michael. Plaintiffphobia in State Courts? An Empirical Study of State Court Trials on Appeal. 38 *J. Legal Stud.* forthcoming 2009; REVESZ, Richard L. Litigation and Settlement in the Federal Appellate Courts: Impact of Panel Selection Procedures on Ideologically Divided Courts. 29 *J. Legal Stud.* 685. 2000, 707-708. (Considers the salience of the Priest-Klein prediction of a 50% win rate in the federal appellate courts).

16 See BRAZIL. Wayne D. *Settling Civil Suits*. 1985, p. 44-46; RUVOLO, Ignazio J. Appellate Mediation – “Settling” the Last Frontier of ADR. 42 *San Diego L. Rev.* 177. 2005, p. 180-192 (Describing civil ADR efforts in California's state appellate courts).

appellate panel regardless of ADR participation¹⁷. A more probative comparison involves cases that settled and those that were tried while holding constant ADR participation.

Research design challenges aside, results from most empirical assessments of ADR programs' efficacy are mixed¹⁸. Research design complexities contribute to lingering questions about whether ADR programs deliver increased settlement rates and decreased case disposition times. Reflecting the distribution of ADR programs and activity, studies of ADR efficacy in the pre-trial context dominate the published research literature.

This study builds on the existing research by exploring whether appellate ADR programs stimulate settlement and reduce disposition time in a national sample of state civil appeals. Two general findings emerge from this study and provide mixed support for the hypotheses. First, for those appellants included in our study, participation in an ADR program increased the likelihood of a settlement. Second, ADR program participation did not influence disposition time.

17 A stronger form of the pro-ADR argument suggests that in some circumstances, even unsuccessful ADR participation might reduce overall case disposition time by helping litigants identify and, therefore, more efficiently litigate over contested issues. See, e.g., RUCH-ALEGANT, *supra* note 13.

18 For empirical assessments of ADR program efficacy in the trial court setting see, e.g., KAKALIK, James S. et al. Just, Speedy, and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act. *49 Ala. L. Rev.* 17. 1997, p. 18-41. (Assessing a RAND Corp. study and concluding that the federal pilot program had little effect on reducing litigation costs or disposition time); HEISE, Michael. Justice Delayed?: An Empirical Analysis of Civil Case Disposition Time. *50 Case W. Res. L. Rev.* 2000, P. 813. (Finding that ADR participation did not correlate with reduced case disposition time). For a more sanguine view of ADR's efficacy see, e.g., BRAZIL, *op. cit.*, *supra* note 4, at p. 249-250. For a summary of the literature see generally TOBIAS, Carl. Civil Justice Delay and Empirical Data: A Response to Professor Heise. *51 Case W. Res. L. Rev.* 2000, p. 235. For assessments of ADR efficacy in the appellate setting see, e.g., FETTY, *op. cit.*, *supra* note 5, at p. 328-331 (noting varying success rates across years in the Michigan program); WATERS, Nicole L. & SWEIKAR, Michael. Efficient and Successful ADR in Appellate Courts: What Matters Most? *62 Dispute Resolution J.* 42. 2007, p. 52, tbl.4 (finding that increased programmatic integration enhanced settlement rates).

Section II briefly considers the theoretical rationales for ADR programs, identifies two key hypotheses concerning the influence of ADR programs on litigation, and briefly summarizes the existing empirical literature. Section III describes the data, methodology, and research design. Section IV presents descriptive results with a particular emphasis on the contours of the stream of appeals through the ADR and appellate court processes. Section V presents regression results that both confirm and supply more textured refinement of the core results in Section IV. The discussion considers how courts' institutional interests are nonetheless served by mandating ADR programs that achieve part of their objectives. Section VI concludes.

II. THEORETICAL JUSTIFICATIONS FOR ADR PROGRAMS AND RELATED EMPIRICAL LITERATURE.

Law and economic theory supplies one rationale for ADR programs and participation in them as well as generates two key hypotheses: ADR participation stimulates case settlement and reduces disposition time. Existing empirical evidence on whether ADR programs deliver on their central promises, drawn mainly from studies of ADR in the pre-trial setting, provides mixed support for the hypotheses.

A. ADR Theory.

A law and economics rationale seeking to account for the emergence of ADR programs generates specific hypotheses that warrant empirical testing. According to Steven Shavell, *ex ante* ADR participation agreements work to the mutual benefit of parties by reducing the overall cost of resolving disputes¹⁹. Sources of cost reduction from ADR participation include the increased probability of settlement and reduced case disposition time.

¹⁹ SHAVELL, *op. cit.*, supra note 3, at 3.

Nested within theories explaining rationales for ADR programs' growth are various (and sometimes competing) theories seeking to explain why some cases settle. If, as Priest and Klein assert, trials are most likely to occur in "close" cases²⁰ or, as Shavell describes, where the litigants' perspectives of their respective legal positions diverge²¹, it follows that settlement is most likely in cases that are not close or where litigants' perspectives on a dispute's expected outcome substantially converge. Others advance alternative reasons for case settlement. According to Mnookin and Kornhauser and Cooter, for example, settlement behavior is better understood as a function bargaining between and among litigating parties²². Based on a sample of state civil filings, Gross and Syverud suggest another understanding of settlement activity by emphasizing the nature of the litigating parties and their relationships as well as the influence of insurance and how it bears on damages and settlement authority²³. After comparing final settlement offers with actual jury awards where final settlement offers were rejected, Rachlinski concludes that behavioral economics, in general, and framing theory, in particular, explains settlement conduct²⁴. Finally, purely strategic litigation may also influence settlements²⁵. For example, by refusing an otherwise

20 PRIEST & KLEIN, *op. cit.*, supra note 14, at p. 12-17.

21 SHAVELL, *op. cit.*, supra note 3, at p. 11.

22 See, e.g., MNOOKIN, Robert H. & KORNHAUSER Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. *88 Yale L.J.* 1979, p. 950; COOTER, Robert *et al.* Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior. *11 J. Legal Stud.* 1982, p. 225.

23 GROSS, Samuel R. & SYVERUD Kent D. Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial. *90 Mich. L. Rev.* 1991, p. 319-322. A study of medical malpractice closed claims in Texas notes the influence of malpractice insurance policy limits on differences between what juries award and what prevailing plaintiffs receive. See David A. Hyman *et al.*, Do Defendants Pay What Juries Award? Post-Verdict Haircuts in Texas Medical Malpractice Cases, 1988-2003. *4 J. Empirical Legal Stud.* 2007, issue 3.

24 See RACHLINSKI Jeffrey. Gains, Losses and the Psychology of Litigation. *70 S. Cal. L. Rev.* 1996, p. 113, 114, 118, 120 and 142.

25 See, e.g., LOPUCKI Lynn M. & WEYRAUCH Walter O. A Theory of Legal Strategy. *49 Duke L.J.* 2000, p. 1405 and 1416. (Noting various strategic aspects incident to the *Texaco-Pennzoil* appeal).

reasonable settlement offer a party can impose additional litigation costs on an opponent by either delaying the final disposition of a case or, in the post-trial context, encumbering a trial court award²⁶ or both.

Despite numerous reasons explaining why cases settle, settled cases share at least one salient factor. Settlements are not mandatory, and as a consequence, a settlement arises only if such an outcome is consistent with both parties' interests. How do ADR programs address this factor? ADR programs' principal contribution is the facilitation of information between (and among) disputants²⁷. Increased information generated in a more informal and less adversarial context than formal litigation should afford disputing parties a more accurate perspective on the relative strengths and weaknesses of their case and stimulate bargaining.

Regardless of their motivation, case settlements create private and public benefits. In addition to such private benefits flowing from a more timely and less costly resolution of disputes, the "disappearing trial" trend also permits judges to devote more time and care to a smaller number of cases and relieves time and resource pressure for criminal trials²⁸.

In an effort to internalize the private and public benefits offered by ADR, litigants and courts increasingly demand ADR. To examine whether the increased demand for ADR enjoys empirical support, this paper explores whether ADR delivers on the two core benefits predicted by ADR proponents as well as law and economic the-

26 See, e.g., DALTON, Harlon L. Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously. *95 Yale L.J.* 1985, p. 62 and 85. (Noting various reasons motivating a party's decision to file an appeal).

27 To be sure, the less formal and less adversarial setting provided by ADR might also play some role as well.

28 LANDE, John Lande. How Much Justice Can We Afford?: Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlements, and Other Elements Needed to Administer Justice. *2006 J. Disp. Resol.* 2006, p. 213 and 228.

ory. ADR participation is premised on twin rationales, previously described, that translate into the following two hypotheses:

H₁: ADR participation increases the likelihood of settlement.

H₂: ADR participation reduces disposition time.

B. Evidence on ADR Program Efficacy.

Although most researchers agree that empirical research on the efficacy of ADR is scant²⁹, findings on settlements and disposition time are mixed and focus on the trial court level. In a review of empirical studies of 27 general civil litigation court-connected ADR programs, Wissler found that settlement rates ranged from 27 to 63 percent³⁰. Of the 27 studies in her review, however, only eight included a control group of non-ADR cases. Of those eight studies, approximately one-half found no difference in settlement rates between ADR and non-ADR cases. The other half of studies found that ADR cases “tended to have a somewhat higher rate of settlement or a somewhat lower rate of trial judgment on a dispositive motion”³¹.

Similarly mixed empirical findings characterize the relation between ADR participation and case disposition time. Wissler’s literature review includes ten studies that considered disposition time for court-connected ADR programs involving general civil litigation cases. Of the ten studies, five found that ADR participation cases ter-

29 See BINGHAM, Lisa B. *Why Suppose? Let’s Find Out: A Public Policy Research Program on Dispute Resolution*. 2002 *J. Disp. Resol.* 2002, p. 101; HENSLER, Deborah R. *ADR Research at the Crossroads*. 2000 *J. Disp. Resol.* 2000, p. 71. Thomas J. Stimpanowich, *ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution,”* 1 *J. Empirical Legal Stud.* 843 (2004).

30 WISSLER, Roselle L. *The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases*. 22 *Conflict Resol. Q.* 2004, p. 55 and 65.

31 *Id.*

minated faster than non-ADR cases. Of the five other studies, four reported no difference in terms of case disposition time and one study found that ADR participation increased disposition time.

Empirical studies of ADR programs in the appeals context, while helpful, are far fewer in number and comparatively limited in scope. A recent study of the effectiveness of court-annexed state appellate ADR programs explored the efficacy of case screening as a way to increase settlement rates. Although the Waters and Sweikar paper found that increasing court supervision of and engagement with ADR programs increased settlement prospects³², the paper found no evidence that ADR screening efforts, designed to identify and direct promising appeals to ADR programs³³, promoted settlement³⁴. Notably, however, the Waters and Sweikar study did not address whether ADR participation increased settlement prospects or reduced disposition time.

By examining whether ADR participation correlates with appeals settlement and case disposition time in the state civil appeals context, this study builds on existing ADR research in important ways. Results from this study contribute to a comparatively understudied sector of litigation activity (the appellate sector) and facilitate comparisons about possible ADR efficacy differences between the trial and appellate systems. In addition, this study makes an important methodological contribution by comparing sub-sample of appeals that did not participate in ADR programs with a sub-sample of appeals that did participate in ADR programs.

32 See WATERS & SWEIKAR, *op. cit.*, supra note 18, at p. 52 tbl.4.

33 Just because an appeal was referred to an ADR program did not mean that the litigants actually participated. See *op. cit.*, at p. 48 (most, but not all, appellants and appellees referred to ADR participated).

34 *Ibidem*, at p. 51, tbl.3.

III. DATA, METHODOLOGY AND RESEARCH DESIGN

Two distinct, though related, data sets supply the data necessary for this study. First, the “Civil Justice Survey of State Courts,” a project of the National Center for State Courts (NCSC) and the U.S. Department of Justice’s Bureau of Justice Statistics (BJS), gathers data directly from state court clerks’ offices on tort, contract, and property cases disposed of by trial during calendar year 2001. The 2001 data set covers state courts of general jurisdiction in a random sample of 46 of the nation’s 75 most populous counties. The 75 counties from which the sample of 46 was drawn include approximately 37 percent of the 1990 U.S. population and about one-half of all civil lawsuits filed in state courts³⁵. The 2001 data set includes information on 8,038 completed trials³⁶.

The second data set used in this study complements the first. NCSC and BJS implemented a follow-up study that supplemented the 2001 trial study by tracking the 1,204 cases where the trial verdict or judgment, concluded by trial during calendar 2001, was appealed to an intermediate appellate court or a state’s court of last resort by April 2005³⁷. Of this universe of 1,204 appeals, 47 appeals (3.9 percent)

35 For a general discussion, see BUREAU OF JUSTICE, U.S. *Bureau Of Justice Statistics Bulletin: Civil Justice Survey of State Courts, 2001: Civil Trial Cases and Verdicts in Large Counties, 2001*. Apr. 2004. [hereinafter “BJS, Trials 2001”]. For a more technical source and the data set codebook, see BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, U.S. Dep’t of Justice, *Civil Justice Survey of State Courts, 2001. Inter-Univ. Consortium for Pol. & Soc. Research, No. 3957, June 2004*. [hereinafter “ICPSR, Trials 2001”]. See also EISENBERG *et al.* *Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data*. *3 J. Empirical Legal Stud.* 263. 2006, p. 267-268 (describing the 1992, 1996, and 2001 data sets); SHARKEY, Catherine M. *Unintended Consequences of Medical Malpractice Damage Caps*. *80 N.Y.U. L. Rev.* 391. 2005, p. 446-50 (same).

36 Although the 2001 study’s final sample includes 8,311 cases (see ICPSR, Trials, 2001, *supra* note 35, at p. 4), the data set includes usable information on 8,038 cases. See *op. cit.*, at p. 5 (noting the final data set includes 8,038 cases); SHARKEY, *op. cit.*, *supra* note 35, at p. 446 (“The 2001 dataset includes 8038 cases”).

37 For a general description of the appeals data set, see BUREAU OF JUSTICE STATISTICS,

were excluded from many of our analyses, because the appeals lacked critical information about which party prevailed at trial.

Because this study dwells on traditionally adverse appeals from trial court decisions, cases where it was not clear that the nature of the appeal was adverse were excluded from the sample. For example, if the trial court ruled for the plaintiff, most would expect that the defendant would be the appellant in any appeal. Conversely, where the trial court ruled for the defendant, one would expect the plaintiff to be the appellant. For the most part (in 83.4% of the appeals), these expectations were met. Excluding a small subgroup of nonadverse appeals generates a universe of 965 usable appeals and permits a more accurate picture of appeals by plaintiffs and defendants from trial court judgments entered against them. The appeal rate, drawn from the pool of adverse appeals, is the percentage of trial court judgments for one party or the other that the losing party puts onto the appellate docket³⁸.

Merging the two NCSC and BJS data sets generates a unique source of data: a longitudinal view of the universe of state appellate activity drawn from a representative sample of state trial activity in the United States. These data facilitate the systematic study of appeals of trials and the potential influence of ADR participation on key outcomes³⁹. With direct access to the state court clerk's offices, as well as approximately 100 trained coders recording data, the data set avoids traditional limitations incident to relying upon litigants or third parties

U.S. Bureau of Justice Statistics Bulletin: Appeals From General Civil Trials in 46 Large Counties, 2001-2005. Jul. 2006. [hereinafter "BJS, Appeals"]. Of the 1,204 cases that involved an appeal, 15 (or 1.5 percent) remained pending at the end of the April 2005 study period. *Id.* at 1.

38 For a similar approach to defining the appeal rate, see CLERMONT, Kevin M. & EISENBERG, Theodore. Appeal From Jury of Judge Trial: Defendants' Advantage. 3 *Am. L. & Econ. Rev.* 2001, p. 125 and 129.

39 See, e.g., BJS, Appeals, *supra* note 37. If one includes the mixed appeals, then the overall appellate rate is 14.4%. We do not compute reversal rates using these mixed appeals because of the ambiguity of which party benefited.

to report. Self-reports, common in many commercial verdict reporters, typically overstate plaintiff win rates and damage award levels⁴⁰.

Research on ADR program efficacy typically runs into a substantial research design quandary. For disputes routed through an ADR program researchers can only guess about a dispute's outcome had it remained exclusively in the formal adjudication system. Uncertainty about the counterfactual persists and confounds analyses about the independent influence, if any, of ADR program participation on case settlement or disposition time. The research design used in this study addresses some of the counterfactual uncertainty in various ways.

Specifically, the appeals data set breaks cleanly into two discrete sub-groups along a dependent variable of interest: one group of cases that settled before an appeals court decision (N=416) and a second group of appeals that resisted settlement and persisted to a formal appeals court decision (N=549). Distributed between these two sub-groups of appeals are the 166 appeals in which the litigants participated in an ADR program. The distribution generates something close to a quasi-experimental research design⁴¹ and facilitates comparing cases that settled (along with their disposition times) with those that did not while controlling for whether the appeal participated in an ADR program. Through descriptive comparisons as well as more formal modeling we can better assess the influence of ADR programs as it relates to the appeals settlement outcome and on disposition time.

40 See, e.g., EISENBERG, Theodore et al. The Predictability of Punitive Damages. *26 J. Legal Stud.* 623. 1997, p. 614 n.53 (finding bias in commercial verdict reporter samples); MERRIT, Deborah Jones & BARRY, Kathryn A. Is the Tort System in Crisis? New Empirical Evidence. *60 Ohio St. L.J.* 315. 1999, p. 324-26 (1999) (same); MOLLER, Erik K. et al., Punitive Damages in Financial Injury Jury Verdicts. *28 J. Legal Stud.* 283. 1999, p. 335 (reporting reasonable levels of confidence in the jury verdict reporters but acknowledging some potential bias).

41 Court-level ADR case screening policies and practice, however, preclude a purely non-biased stream of ADR appeals.

Despite the state civil appeals data set's unique strengths, it is not without limitations. For example, the data are limited to tried cases and therefore do not include cases appealed after dispositive pretrial motions. Also, because the sample focuses on the nation's largest counties and state courts of general jurisdiction, the data might not convey those aspects of the civil justice system, if any, peculiar to smaller counties or rural areas or to cases heard in special jurisdiction courts⁴². Moreover, the focus on state courts precludes generating implications for federal courts. Finally, this study of settlement activity is limited to the appellate context. These cases, by definition, resisted settlement during the trial stages and persisted into the appellate stage. Whether findings from this study of appeals context are germane to the pre-appeals context requires further study.

As Table 1 illustrates, cases navigated through an array of filters as they proceeded from the civil dispute stage through the trial and appellate processes. As only a small fraction of civil actions filed reach trial, the pool of tried cases may systematically differ from the larger pool of civil disputes from which they emerged. The appeals process itself imposed additional filters. Only 12% of the tried civil cases initiated the appeals process. Fewer cases still (6.8%) pursued the appeals process to decision. That is, of the cases that began the appeals process, just over one-half (56.9%) completed at least one level of review: disposition by an intermediate appellate court.

42 Despite the absence of a clear theoretical explanation, the influence of geography, and whatever that might entail, remains a consistent finding in the research literature. See, e.g., EISENBERG, Predictability, supra note 40, at p. 630-631 n.26 (finding geography relevant to punitive damages); SULLIVAN, Teresa A. *et al. As We Forgive Our Debtors: Bankruptcy and Consumer Credit in America*. 1989, p. 339-340 (geography influencing bankruptcy filings); HEISE, Michael. Justice Delayed?: An Empirical Analysis of Civil Case Disposition Time. 50 Case W. Res. L. Rev. 813. 2000, p. 836-38 and p. 847-48. (Noting a geographic influence on case disposition time). The influence of geography is not limited to American courts. See, e.g., EISENBERG, Predictability, supra note 40, at p. 631 n. 26 (finding a geographic effect in courts in Japan, Sweden, and Finland).

Table 1 – State Trials, Appeals and Settlements

	Trial court decisions	Trial court decisions (%)	Appeals filed	Appeals filed (%)	Appeals settled	Appeals settled/ (%)	Appeals concluded	Appeals concluded (%)
<i>All cases</i>	8,038		965		416		549	
Jury trial	6,165	76.7	703	72.85	296	71.15	407	74.13
Judge trial	1,873	23.3	262	27.15	120	28.85	142	25.87
<i>ADR participant</i>			166	17.2	89	21.39	77	14.03
<i>Party appealing:</i>								
Defendant	4,351		551	57.1	262	62.98	289	52.64
Plaintiff	3,677		414	42.9	154	37.02	260	47.36
<i>Case type:</i>								
Motor vehicle	2,819	35.07	114	11.81	60	14.42	54	9.84
Assault, slander, libel	312	3.88	48	4.97	21	5.05	27	4.92
Product liability	117	1.46	30	3.11	9	2.16	21	3.83
Dangerous premises	924	11.5	92	9.53	38	9.13	54	9.84
Medical malpractice	850	10.57	129	13.37	56	13.46	73	13.3
Prof. malpractice	68	0.85	21	2.18	7	1.68	14	2.55
Other tort	361	4.49	65	6.74	20	4.81	45	8.2
Employment contract	281	3.5	83	8.6	31	7.45	52	9.47

Fraud	428	5.32	78	8.08	37	8.89	41	7.47
Lease	188	2.34	26	2.69	13	3.13	13	2.37
Seller plaintiff	772	9.6	118	12.23	63	15.14	55	10.02
Buyer plaintiff	531	6.61	89	9.22	39	9.38	50	9.11
Other contract	211	2.63	36	3.73	16	3.85	20	3.64
Property	176	2.19	36	3.73	6	1.44	30	5.46
(N)	8,038	8,038	965	965	416	416	549	549

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

There are strong theoretical reasons to expect selection effects to result in a non-random sample of cases on appeal. Expectations theory predicts that objectively strong and weak civil cases will settle or reach conclusion prior to being resolved at trial⁴³. Litigants that take cases to trial do so partly because they can afford to pursue trial litigation and, presumably, because they sense some reasonable level of uncertainty – factual or legal – as to a case’s outcome⁴⁴. The sub-pool of cases that withstands settlement or withdrawal, motions for directed verdicts and summary judgment, and other dispositions more likely comprises cases whose underlying merits reside somewhere in the “gray middle area”. A similar set of filters arise anew during the post-trial appeals process⁴⁵. These various selection filters influence the case stream over time and in a manner that generates a skewed subset of appeals. The data permit an assessment of one aspect of the selection process: the decision to undertake an appeal af-

43 E.g., EISENBERG, Theodore. *Litigation Models and Trial Outcomes in Civil Rights and Prisoner Cases*. 77 *Geo. L.J.* 1989, p. 1567 and 1571.

44 Professors Priest and Klein, among others, previously articulated and developed this point. See generally PRIEST & KLEIN, *supra* note 14.

45 *Ibidem*, at 29 (arguing that, aside from possible precedential concerns, selection effect applies “indistinguishably to trial and appellate disputes”).

ter trial. A selection model (Heckman) is used to exploit the data and account for this filtering.

Two additional factors influenced the stream of appeals that participated in ADR programs. One factor involves geography. Specifically, of the 46 sampled large counties, 38 (86.2%) operated ADR programs⁴⁶. Second, in the 38 counties where ADR programs were available, individual appellate courts retained broad latitude in terms of deciding which cases to recommend to ADR. Appeals screeners were used in various ways in some jurisdictions to help appellate courts identify and route promising appeals into ADR programs. The Waters and Sweikar study describes various factors that influenced screeners across participating counties⁴⁷. Although Waters and Sweikar found that screeners' efforts to divert "appropriate" appeals (or appeals seemingly amenable to settlement) to ADR did *not* correspond with ADR success (settlement)⁴⁸, the distribution of appeals that did and did not participate in ADR programs is assumed to be non-random. The assumed non-random distribution tilts in a direction favoring the desired outcomes for ADR programs. That is, if one assumes that case screeners systematically directed appeals especially prone or amenable to settlement into the ADR programs (*contrary* to results from the Waters and Sweikar study)⁴⁹, one would expect this to exert upward pressure on the settlement rate. Consequently, results consistent with ADR desired influences (increased settlement and reduced disposition time) must be interpreted cautiously in light of the presumed non-random appeal routing. Conversely, results inconsistent with ADR desired influences, however, can be interpreted with greater confidence.

IV. INITIAL OBSERVATIONS

As Table 1 illustrates, the universe of 8,038 completed trials generated 965 appeals (or 12% of the completed trials). Of the 965

⁴⁶ These 38 counties handled 63.8% (or 616) of the appeals in our data set.

⁴⁷ WATERS & AND SWEIKAR, *op. cit.*, supra note 18, at p. 46-48

⁴⁸ *Ibidem*, at p. 52, tbl.4.

⁴⁹ WATERS & AND SWEIKAR, *op. cit.*, supra note 18, at p. 52, tbl.4.

appeals, 416 settled and the remaining 549 resulted in an appeals court decision. This study focuses on two sub-pools of the 965 appealed cases. Of the 965 cases that initiated an appeal, 17.2% (166) participated in an ADR program. These two sub-groups – appeals that settled (416) and appeals that did not (549) – varied in terms of ADR participation as well as two key outcomes: settlement and disposition time (measured in days).

A. Settlements.

The 166 appeals that participated in ADR programs distributed close to evenly between those that settled (53.6%) and those appeals that persisted to an appellate court decision (46.4%) notwithstanding ADR participation. The distribution of settled cases controlling for ADR participation hints at systematic differences⁵⁰. Table 2 illustrates that the number of appeals that settled and participated in ADR programs exceeds the number that random chance would predict. Thus, Table 2 implies that ADR programs succeeded in terms of promoting settlement.

Table 2 – Appeals Settled and Concluded by ADR Participation

	<i>Appeal settled</i>	Appeal concluded
ADR participation	89	77
No ADR	327	472
(N)	416	549

Note: The significance of the difference between settled and concluded appeals controlling for ADR participation is based on a chi-square test.

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

⁵⁰ A simple non-parametric analysis suggests that a statistical relation exists. Chi-square coefficient= 9.022; p= .003.

B. Disposition Time.

ADR programs also promise to reduce disposition time. To assess whether this promise was realized, the number of days between the filing of an appeal and its disposition (achieved either through a settlement or appellate court decision) serves as the dependant variable of interest. The analyses use the square root of the raw number of days as this transformation is necessary to comply with standard regression assumptions⁵¹.

Table 3 summarizes appeal disposition time by ADR participation to facilitate comparisons. Although the standard deviations for the two groups do not differ significantly, significant differences do emerge for the groups' means and medians.

Table 3 – Appeal Disposition Time (Square-Root Days) by ADR Participation

	<i>Mean</i>	<i>Median</i>	<i>SD</i>	<i>(N)</i>
ADR attended	16.28	15.94	6.05	166
No-ADR	17.53	18.52	6.65	764
Significance of ADR / No-ADR difference	0.026	0.013	0.133	930

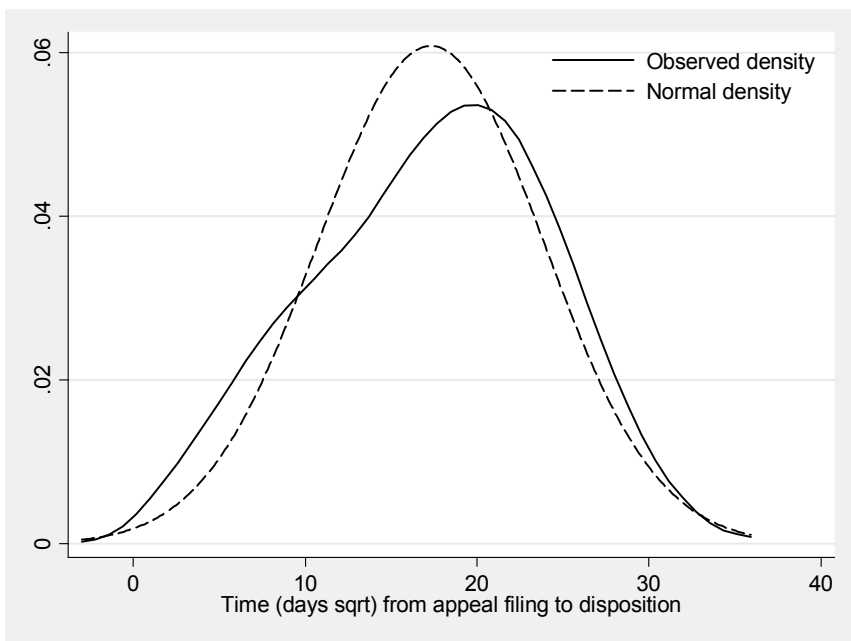
Notes: The significance of means difference is based on a t-test; the significance of medians differences is based on a Mann-Whitney test; the significance of standard deviations is based on an f-test.

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

51 For a discussion of the need for transformations to satisfy regression assumptions, see EISENBERG, Theodore & WELLS, Martin T. The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer. *3 J. Empirical Legal Stud.* 2006, p. 175.

Figure 1 provides a kernel density estimate⁵² for appeal disposition time. Visual inspection reveals that despite the observed distribution to possessing a bit more “spread,” on balance the dependent variable – disposition time, expressed by the square-root of the raw number of days – distributes in a manner that approximates a normal distribution.

Figure 1 – Kernel Density Estimate for Appeal Disposition Time



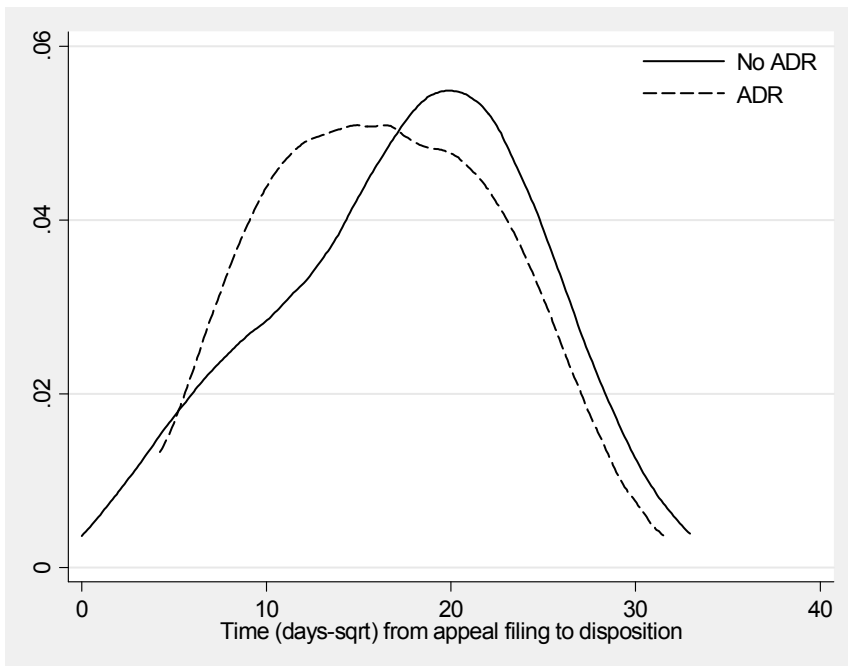
Note: N=965.

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

52 Figure 1 generated with the “kdensity” command with the “bwidth(3)” option, in Stata 10.0. For a discussion of kernel density estimation, see generally SILVERMAN, B.W. *Density Estimation for Statistics and Data Analysis*. 1986.

Figure 2 supplies further texture to Figure 1 by comparing the distributions of disposition time for appeals that participated in ADR programs and appeals that did not. As Figure 2 illustrates, the principal differences include some slight disturbance in the ADR participation distribution and, more important, the “left-shift” of the ADR participation distribution relative to the distribution for appeals that did not participate in ADR programs. At the descriptive level, what is suggested are slight yet noticeable differences in the distribution of disposition times for appeals that participated in ADR programs and those appeals that did not⁵³.

Figure 2 – Kernal Density Estimates by ADR Participation



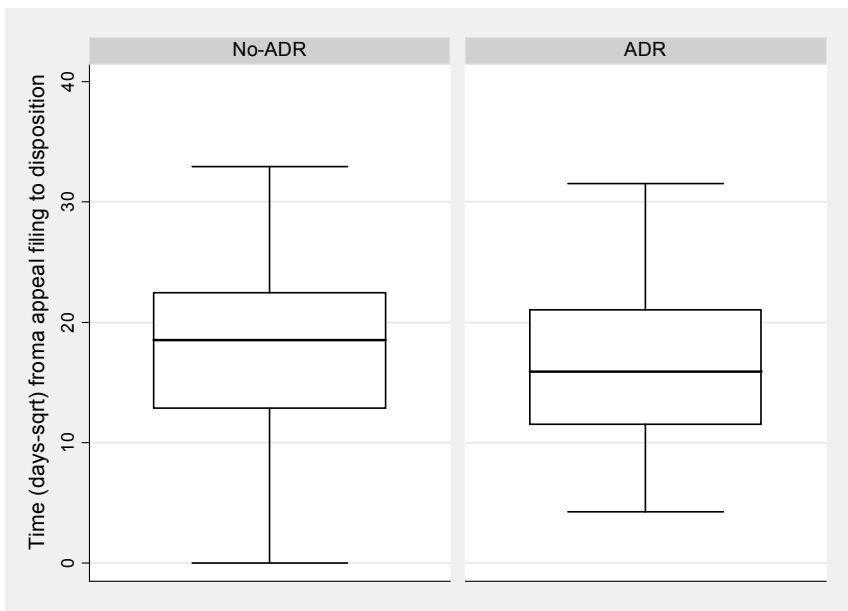
Note: N=965.

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

⁵³ Results from a Kolomogorov-Smirnov test suggest a statistically significant difference between the two distributions ($p=0.005$).

Figure 3 presents a slightly different perspective on the ADR participation versus no-ADR participation comparison presented in Figure 2. Similar to Figure 2, Figure 3 compares disposition time attributes for appeals that participated in ADR programs and those appeals that did not. Also similar is that Figure 3 suggests visible though sometimes subtle differences in disposition time between appeals that participated in ADR and those that did not. Overall, the median (the single lines inside the boxes) disposition time for the ADR participation appeals is lower than the median for its non-ADR counterpart. The two sub-groups of appeals are most similar, however, in terms of the spread between the 25th and 75th percentiles (the upper and lower borders of the boxes).

Figure 3 – Appeal Disposition Time (Square-Root Days) by ADR Participation



Note: N=799 (No-ADR); N=166 (ADR).

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

Taken together, Figures 1, 2, and 3 and Table 3 illustrate, and common sense suggests, that the average settled appeal took less time to conclude than the average appeal pursued to a court decision. What these Figures and Table largely mask, however, is critical within group variation. Specifically, within the sub-group of appeals that participated in ADR programs, some appeals settled and other appeals did not. Similarly, among the sub-group appeals that did not participate in ADR programs, some settled and some did not. Consequently, assessments seeking the independent influence of ADR participation on disposition time need to account (and control) for whether an appeal settled because it is almost always the case that an appeal that settles takes less time to conclude than one that does not settle.

Table 4 begins this inquiry and explores within group comparisons of mean disposition times between appeals that participated in ADR and those appeals that did not participate, controlling for whether the appeal settled. Results from simple *t*-tests suggest that differences in mean disposition times between appeals that submitted to ADR programs and those that did not, after controlling for whether the appeals settled, do not suggest any systematic differences between those two sub-groups of appeals⁵⁴. In terms of explaining appeal disposition time Table 4 suggests that, rather than ADR participation, what really matters for disposition time is whether an appeal was fully litigated and generated an appeals court decision. For appeals that settled, those that participated in ADR programs took slightly less time than settled appeals that did not participate in ADR. For appeals that concluded with a court decision, cases that participated in ADR programs – albeit unsuccessfully – took longer to conclude than those that did not. Thus, time invested by litigants in ADR programs that did not ultimately result in a settlement did not yield a net disposition time saving even though the litigants presumably had

⁵⁴ T-tests uncover no statistical difference between means ($p = .389$ for the appeals settled group; $p = .654$ for the appeals concluded group).

a clearer idea about their opponents' legal positions and the outstanding contested issues by virtue of having gone through ADR.

Table 4 – Average Appeal Disposition Time (sqrt Days) by ADR Participation and Appeal Outcome

	<i>Appeal settled</i>	Appeal concluded
ADR participation	11.66	21.19
No ADR	12.22	20.96
(N)	382	548

Note: The significance of means difference in disposition time is based on a t test.

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

V. ASSESSING ADR INFLUENCE BY MODELING DECISIONS TO APPEAL AND SETTLE AND DISPOSITION TIME.

The descriptive results presented in Section III raise important questions about ADR's potential influence on settlements as well as disposition time for appeals. The asymmetrical distributions of settlements and the symmetrical distribution of mean disposition times raise questions that warrant a more statistically sophisticated effort. Part of such an effort involves accounting for selection effects. A litigant's desire to either settle or pursue an appeal to a judicial decision arises only after the litigant decides to initiate an appeal. The subpool of completed trials that initiated an appeal systematically differs from the bulk of completed trials that did not pursue an appeal in ways that influence the outcome variables of interest – settlement and disposition time.

Notably, defendants and plaintiffs evidenced roughly similar appellate and settlement activity. Although defendants appealed adverse trial court decisions slightly more than plaintiffs (12.7% v. 11.3%)⁵⁵, this difference did not achieve statistical significance. Similarly, although plaintiffs appealed to conclusion (that is, resisted settlement) slightly less more than defendants (7.1% v. 6.6%), the difference between plaintiffs and defendants was not significant⁵⁶. To the extent that cases that persisted through the initial trial by definition resisted whatever efforts were made at resolving the dispute pre-trial, however, one would expect that completed trials that initiate the appellate process would be even less amenable to settlement. Similarly, those cases that resisted settlement should, on average, take longer to complete than those that settle. Results presented in Tables 5 and 6 comport with these expectations and suggest the influence of a selection effect.

A. Decisions to Appeal.

What variables should appellate models include? With respect to the decision to appeal, parties' perceptions (correct or not) about how appellate courts react to jury trials compared to bench trials, and to plaintiff trial court wins compared to defendant wins, likely inform litigants. To capture this possibility, the models include dummy variables signaling whether a case was tried to a jury or judge, and whether a plaintiff or defendant prevailed.

Also expected is that a state and particular case type's "reversal culture" influences a decision to pursue an appeal. For each state⁵⁷

55 EISENBERG & HEISE. *Op. Cit.*, supra note 15, at p. 22, n.92.

56 *Id.*

57 The "(other states)" dummy variable includes six states (GA, HI, MA, NC, VA, and WI) where no more than one appeal was reversed during the time frame of this study.

and case category we computed an overall reversal rate. For example, the reversal rates in Georgia and New Jersey were 12.5% and 56.3%, respectively. Similarly, reversal rates for various case types ranged from 50% (employment contract cases) to 23.1% (lease cases). Holding all else constant, parties seeking to reverse a trial court decision should be more reluctant to pursue an appeal in states with lower reversal rates or involving case types with lower reversal rates.

In addition to varied reversal rates, case types also influence other factors. For example, case types influence decisions regarding the routing of cases to either judges or juries and display sometime sharply different trial outcomes⁵⁸. Case types also influence various trial facets, including settlement rates⁵⁹ and disposition time⁶⁰. Given case types' ranging influences on the civil justice system, it is reasonable to anticipate that case types will influence various aspects of the appeals process as well. Consequently, the models include a dummy variable for each of our 14 case types other than a reference category.

Individuals, corporations, and governments vary in their appetite for and conduct during litigation⁶¹, and it is reasonable to assume that such variation persists into the appeals process. To account for this variation, dummy variables identify cases involving corporate-plaintiffs, corporate-defendants, and governmental-plaintiffs⁶². Litigant characteristics are important regardless of the trial outcome. To the extent that individual litigants believe that corporate litigants be-

58 See, e.g., CLERMONT, Kevin M. & EISENBERG Theodore. Trial By Jury or Judge: Transcending Empiricism, 77 *Cornell L. Rev.* p. 1124, 1137-38 and 1167-70.

59 EISENBERG & HEISE, *op. cit.*, supra note 15, at p. 14 tbl.2.

60 See, e.g., HEISE. Justice Delayed, *op. cit.*, supra note 18, at p. 839-842.

61 E.g., EISENBERG, Theodore & FARBER, Henry. The Government as Litigant: Further Tests of the Case Selection Model. 5 *Am. Law & Econ. Rev.* 2003, p. 94.

62 These particular pairings were used to tether findings from this study to those of prior studies. In any event, the inclusion of alternative pairings does not disturb core findings.

have differently in litigation, for example, such differences would presumably present regardless of whether the corporation won or lost at trial. Moreover, because litigants' decisions about whether to appeal may vary over time, the models include the year the lawsuit was initially filed to help control for any linear time trend in the data. Finally, to account for those states that include more than one of the sampled large counties, a dummy variable serves as a check on possible differences between those states and states with one sampled county. This is warranted because states with more than one large county (*e.g.*, California) might plausibly behave differently than other states with only one large county in the sample.

B. Decisions to Settle.

Efforts to model settlement decisions call for a similar, though slightly different, set of independent variables. Analyzing the determinants of whether an appeal settled is a principal interest and, among the array of plausible independent variables, the primary focus involves participation in an ADR program. Obviously, the availability of ADR programs is one critical control factor. Moreover, the number of appellants and appellees serves as crude proxy for case complexity, which plausibly influences settlement prospects.

Also included in the settlement model are such variables as case types, party types, and year appeal filed. These standard variables are included given their import for the decision to file an appeal as well as the trial court outcome. To account for possible state-level effects on the appellate outcome, the models include dummy variables for each state, as well as a dummy variable signaling those states that have more than one sampled large county. Finally, because outcomes of individual appeals within a state might not be independent of one another, appeals are treated as clustered at the county level, resulting in adjusted standard errors.

C. Modeling Appeal Disposition Time.

What helps explain how long it takes to conclude an appeal? Insofar as decisions about appealing a trial court decision influence an appeals total disposition time, appeal disposition time and settlement models share many, if not most, variables. Consequently, the disposition time model includes independent variables relating to ADR participation, case complexity, trial outcome, case types, litigant pairs, and state dummy variables. One critical variable that distinguishes the disposition time and appeal decision models is a dummy variable signaling whether the appeal settled. This independent variable is crucial for two reasons. First, common sense and experience suggest that appeals that settle take less time than those that do not⁶³. Second, including variables on ADR participation and settlement permits the model to assess the influence, if any, of ADR participation on disposition time independent of whether the appeal settled.

D. Results and Discussion.

Results from this study indicate that participation in an ADR program correlates with an increased likelihood of settlement but not reduced disposition time. Given the case screening that took place in some jurisdictions, the absence of reduced disposition time is especially notable.

63 Not surprisingly, whether an appeal settled strongly influenced disposition time. A simple regression models of appeal disposition time as the dependent variable and whether the appeal settled (a dummy variable) as the independent variable, yields the following results:

	<i>Coefficient</i>	<i>SE</i>	<i>Intercept</i>	<i>r-squared</i>	(N)
Appeal settled	-9.367**	0.311	21.156**	0.494	930

** $p < 0.01$.

1. Settlement.

To assess the likelihood of an appeal settling prior to an appeals courts reaching a formal judicial conclusion I estimate a selection (Heckman) model with a dependent variable equal to “1” if an appeal is settled and “0” if otherwise⁶⁴. The selection model includes all tried cases. Table 5 reports results from the model for settlement (the second-stage of the selection model)⁶⁵. The findings show that, consistent with our descriptive findings, ADR program participation positively correlates with settlement.

Other notable findings include the salience of a plaintiff bench trial victory to settlement prospects. Relative to a defendant bench trial victory (the reference group), plaintiffs that prevailed in a bench trial were more likely to settle in response to a defendant appeal. To the extent that the settlement amount was less than the trial court award, this finding implies that either plaintiffs were somewhat nervous about their prospects for prevailing on appeal or that plaintiffs simply valued a settlement over the cost and uncertainty associated with an appeal. Evidence from studies of appeal outcomes provides tentative support for plaintiffs’ unease with the stability of favorable bench trial verdicts⁶⁶.

Also, a decrease in the number of appellants corresponds with an increased probability of settlement. The number of appellants (and appellees) was included in the model as a crude proxy for case complexity, at least as it relates to the coordination necessary to generate a settlement. The direction (negative) of the coefficient supports the hypothesized inverse relation between the number of appellants and settlement prospects.

64 Specifically, the model was estimated using the “heckprob” command in Stata (v.10.0). A statistically significant selection parameter, rho (P); $p < 0.01$, also suggests that use of the Heckman selection model is appropriate.

65 An unreported first-stage probit model involves whether an appeal was filed.

66 EISENBERG & HEISE. *Op. cit.*, supra note 15, at p. 27, tbl.4.

Table 5 – Selection Model of Appeal Settlement and the Decision to Appeal

	Heckman	(s.e.)
Appeal Settled:		
ADR participation	0.300*	0.133
Number of appellants	-0.080*	0.037
Number of appellees	-0.011	0.019
Appeals court w/ ADR	0.008	0.205
<i>Trial outcomes</i>		
Def. won bench trial	(ref)	
Plaintiff won bench trial	0.464**	0.158
Def. won jury trial	-0.000	0.129
Plaintiff won jury trial	0.017	0.174
<i>Litigant characteristics</i>		
Government plaintiff	0.273	0.180
Corporate plaintiff	0.142*	0.064
Corporate defendant	0.149**	0.047
(Other variables and the decision to Appeal equation are reported in the Appendix)		
Rho (Wald test)	-0.687**	0.162
(N)	7,962	
(N outcomes)	925	
Log likelihood	-3146.4	

Notes: Model includes Heckman appeal outcome and decision to appeal equations. Dependent variable in appeal outcome equation is appeal settled; dependent variable in decision to appeal equation is whether an appeal was filed. “Other states” consists of the six states (GA, HI, MA, NC, VA, and WI) that had no more than one appeal reversal. Robust standard errors are in parentheses.

The models were estimated using the “heckprob” command in Stata (v.10.0). * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$. Full results reported in Table A5.

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

The principal finding conveyed in Table 5 involving the key independent variable of interest – that ADR participation correlates with an increased likelihood of settlement – should be interpreted with particular caution. Appeals screening efforts were designed to maximize settlements. Specifically, in some jurisdictions various court personnel exercised judgment about whether to divert an appeal to ADR. One consequence is that the distribution of appeals that participated in ADR programs is presumptively non-random⁶⁷. A non-random sample limits the generalizability of our findings. Specifically, the non-random sample calls into question whether ADR participation’s correlation with case settlement is purely a function of ADR programs or, in contrast, simply a reflection of appeals that were selected because they were the type of appeal prone to settlement *independent* of ADR participation. If case screening efforts were effective would have increased the association between ADR participation and settlement. It bears repeating, however, that even though court personnel were supposed to route cases to ADR that were seemingly amenable to settlement, these efforts did *not* correspond with ADR success (settlement)⁶⁸. Consequently, the degree to which case screening efforts influenced the data is not clear.

Moreover, the comparative ease with which an appeal (including a “strategic” appeal) can be filed also might distort settlement outcomes. A party launching an appeal does not fully internalize costs. Consequently, strategic appeals, those appeals designed merely to

67 Recall again, however, that Waters & Sweiker found that screeners’ efforts did not increase the probability of settlement. See WATERS & SWEIKER, *op. cit.*, supra note 18, at p. 51 tbl.3.

68 WATERS & SWEIKER, *op. cit.*, supra note 18, at p. 51 tbl.3.

delay an eventual outcome or influence and prolong settlement bargaining, will likely increase the number of settled cases. This would occur if the pool of appealed cases includes cases that, on the legal and factual basis, do not objectively warrant an appeal. Such cases would be unusually amenable to a settlement.

2. Disposition Time.

ADR proponents also tout reduced disposition time as an important virtue of ADR participation. Reduced case disposition time yields numerous benefits including, on average, reduced litigation costs. Previously discussed descriptive results in Table 4, however, suggested that whether an appeal settled was more influential on disposition time than ADR participation. Findings in Table 6 provide more sophisticated support and identify whether an appeal settled – rather than ADR participation – as the critical explanatory variable in terms of understanding disposition time.

Notably, whether an appeal participated in an ADR program did not influence disposition time. The absence of a statistically significant finding is even more notable given that cases routed towards ADR programs were selected, in part, on the belief that they were especially amenable to settlement⁶⁹. As Table 6 makes clear settled cases take far less time on average than cases that did not settle. Thus, the negative finding for the ADR participation variable (that is, the absence of statistical significance) is even more reliable because its direction runs against any case selection tilt.

Moreover, sample size is not a likely explanation for the absence of a statistically significant influence of ADR participation on appeal disposition time. Even perfectly designed and executed stud-

⁶⁹ See *infra* Part II. To be fair, however, it is important to emphasize that other research found that ADR program screeners' efforts did not increase the probability of settlement. See WATERS & SWEIKER, *op. cit.*, *supra* note 18, at p. 51, tbl.3.

ies may nevertheless fail to uncover socially important differences because the statistical procedures lacked the statistical power to detect the effect flowing from a small sample size⁷⁰. A power calculation demonstrates that to be 80 percent confident of detecting a statistically significant influence of ADR participation at a 0.05 significance level, requires a sample of at least 471 appeals⁷¹. Our sample size (913) amply exceeds this requirement.

Table 6 – Selection Model of Appeal Disposition Time (Days) and Decision to Appeal

		(s.e.)
<i>Appeal Disposition Time:</i>		
ADR participation	0.669	0.422
Appeal settled	-9.514**	0.474
Number of appellants	-0.046	0.107
Number of appellees	0.026	0.015
Appeals court w/ ADR	0.683	0.608
<i>Trial outcomes</i>		
Def. won bench trial	(ref.)	
Plaintiff won bench trial	1.047*	0.512
Def. won jury trial	0.748	0.472
Plaintiff won jury trial	1.264**	0.454
<i>Litigant characteristics</i>		
Government plaintiff	-0.304	1.063

70 GLANTZ, Stanton A. *Primer of Biostatistics* 165. 5th ed. 2002.

71 Power calculation is derived from the “powerreg” command in Stata 10.0 and keys off the independent variable of interest, ADR participation. Our sample size (913) also exceeds the required sample size necessary for 90 percent confidence (621).

Corporate plaintiff	0.051	0.518
Corporate defendant	-0.225	0.315
(Other variables and the decision to Appeal equation are reported in the Appendix)		
Rho (Wald test)	-0.365**	0.117
(N)	7,950	
(N outcomes)	913	
Log likelihood	-5161.7	

Notes: Model includes Heckman appeal disposition time and decision to appeal equations. Dependent variable in disposition time equation is number of days (sqrt) between appeal filing and disposition. Dependent variable in decision to appeal equation is whether an appeal was filed. “Other states” consists of the three states (GA, MN, and NC) where the number of appeals settled was two or fewer. Confidence intervals computed at the 95% level. The models were estimated using the “heckman” command in Stata (v.10.0). Robust standard errors reported. * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$. Full results reported in Table A6.

Source: U.S. DEPT. OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

Three additional notable findings from Table 6 involve variables that did influence appeal disposition time. First, not surprisingly, cases that settled took far less time than cases that did not settle⁷². Indeed, whether an appeal settles is easily the single greatest influence on disposition time. This finding, of course, makes perfect sense, and, ironically, comports with ADR proponents’ claims about the virtues of ADR programs. Although the general claim may be correct – that settled cases take less time than cases that do not settle – these results demonstrate that participating in ADR programs did not

72 See also *supra* Table 4.

correspond with a reduction in disposition time. The implication from the findings in Table 6 is that the relatively enormous influence of settlement on case disposition time overwhelmed the influence of ADR program participation on promoting settlements (Table 5).

A second notable finding involves the party appealing. As Table 6 illustrates, plaintiff victories correlate with increased disposition time. That defendants appeal plaintiff jury trial victories to full appellate court conclusion makes sense given that appellate courts are more likely to disrupt jury trial decisions than bench verdicts⁷³ and defendants are far more successful overturning trial court decisions than plaintiffs⁷⁴. Moreover, if defendants are motivated by a general desire to delay judgments for strategic or other reasons, a decision to avoid settlement and pursue an appeal to conclusion would further contribute to increased disposition time.

Third, litigants' characteristics did not influence disposition time. Although defendants appealing adverse plaintiff jury victories correlates with longer disposition times, as a group corporate defendants were not associated with longer disposition times. This finding runs against the prevailing wisdom that presumably deep-pocketed defendants are inclined to try to "wait-out" parties that prevailed at trial by pursuing appeals for purely strategic reasons.

a. Complexities to the Relation Between Settlement and Disposition Time

As discussed above, although ADR participation corresponds with increased settlement rates (Table 5) it does not correlate with a reduction in disposition time (Table 6). Rather, as Table 6 makes clear, settlement is a robust correlate of reduced disposition time. The combination of the findings from Table 5 and 6, however, might im-

73 EISENBERG & HEISE. *Plaintiphobia*. *Op. Cit.*, supra note 15, at p. 18 tbl.4.

74 *Ibidem*, at p. 7 tbl.1.

ply that ADR participation does, in fact, contribute to a reduced disposition time and it does so by inducing appeals to settle prior to disposition.

Although such an interpretation is not implausible, further analyses limit its persuasiveness as they do not provide clear support. First, in an effort to separate the influence of the work on disposition time performed by ADR-induced settlements from the influence of non-ADR-induced settlements on disposition time, the model in Table 6 was modified to include an additional dummy interaction variable designed to capture settled appeals that participated in ADR. Results from the supplemental appeal disposition time model comport with the core results in Table 6. The coefficient for the interactive variable, while positive, did not achieve statistical significance. The key variable explaining reduced disposition time are settled appeals that did *not* involve ADR participation⁷⁵.

Second, findings from additional regression analyses, presented in Table 7, also support the argument that ADR participation did not correlate with a net decrease in disposition time, independent of the decreases that settlement yielded. The models in Table 7 resemble those in Table 6, except that the sub-pools of settled (column A) and non-settled (column B) cases are separated. The key variable of interest is ADR participation. For appeals that settled (column A), ADR participation correlates with an increase in disposition time, though the coefficient does not achieve statistical significance. For appeals that did not settle (column B), ADR participation corresponds with a significant increase in disposition time.

Finally, in another effort to explore a potentially endogenous relation between ADR participation and appeals disposition time,

⁷⁵ In unreported supplemental analyses the model in Table 6 was re-run to include an interaction dummy variable identifying those appeals that participated in ADR and settled. As the model already includes separate dummy variables for appeals that settled as well as appeals that participated in ADR, the interaction dummy variable isolates the independent influence of appeals that settled in conjunction with ADR participation from the influence of settled appeals that did not involve ADR on disposition time.

variants of the core appeal disposition time and appeal settled models⁷⁶ were estimated with a two-stage simultaneous model designed for endogenous variables that are both continuous (disposition time) and dichotomous (ADR participation)⁷⁷. Results from the estimations do not provide support for the endogeneity hypothesis.

To be sure, the precise contours of the relation between ADR participation and appeals disposition time are likely complex and case-specific. Moreover, these results do not support the proposition that no relation exists – indeed, some type and form of a relation surely exists. At the same time, however, the results do *not* support the opposite proposition – that ADR participation contributes to reduced disposition times by inducing appeals to settle prior to disposition. The complexity of the hypothesized relation between ADR participation and disposition time, combined with data limitations, warrants interpretative caution.

Table 7 – Regression Models of Appeal Disposition Time (Days) By Settlement Outcome

	(A) <i>Settled</i>	(s.e.)	(B) <i>Non-Settled</i>	(s.e.)
<i>Appeal Disposition Time:</i>				
ADR participation	1.348	0.754	1.240**	0.409
Number of appellants	0.065	0.362	-0.036	0.113
Number of appellees	0.224	0.241	0.029	0.018
Appeals court w/ ADR	5.285**	1.629	-1.925*	0.772

76 Variants of the core models (specifically, more parsimonious versions of the core models) were necessary to achieve model convergence.

77 Various models were estimated using the “*cdsimeq*” and “*treatreg*” commands in Stata (v.10.0).

<i>Trial outcomes</i>				
Def. won bench trial	(ref.)		(ref.)	
Plaintiff won bench trial	1.591	1.324	-0.008	0.727
Def. won jury trial	0.461	1.189	1.209	0.583
Plaintiff won jury trial	1.136	1.349	1.623**	0.541
<i>Litigant characteristics</i>				
Government plaintiff	-1.885	2.139	1.769	0.825
Corporate plaintiff	0.718	0.816	0.053	0.530
Corporate defendant	-0.185	0.583	-0.237	0.464
(Other variables are reported in the Appendix)				
Constant	765.08*	346.08	492.29*	233.86

Although not conclusive, findings presented in Table 7 complement prior findings and provide additional support for the argument that ADR participation does not correspond with a reduction in disposition time. To be sure, ADR participation obviously performs important work by increasing the probability of settlement. Settled cases typically take less time to complete than cases that resist settlement. What the findings suggest, however, is that time invested in ADR participation does not appear to correlate with reduced disposition time.

One explanation for the findings in Table 7 leverages the practical realities of litigation. ADR participation involves an additional step for litigants. Such an additional step that does not prompt a settlement adds obvious time to disposition, though the amount of time will vary across lawsuits and depend on the particular type of ADR program involved. More interesting is that ADR participation correlates (though not in a statistically significant manner) with increased disposition time even for cases that settled, as compared to settled cases that did not involve ADR.

Results presented in Tables 5, 6, and 7 converge on the finding that although ADR participation increases the probability of a settlement, what reduces appeal disposition time is settlement, regardless of whether ADR is involved.

E. Courts' Institutional Interests In Mandating ADR Participation.

If my central empirical claims are correct – that ADR participation achieves one goal (inducing settlement) but not another key goal (reducing disposition time) – why do an increasing number of appellate (and other) courts impose ADR participation? After all, from the perspective of most litigants, ADR efficacy is mixed. Moreover, if it made sense for litigants to settle, presumably most would do so. ADR participation is not a prerequisite for settlement.

One explanation for courts' increasing appetite for imposing mandatory ADR participation emerges when one assess ADR efficacy from the courts' – rather than the litigants' – perspective. Courts have sought policies to reduce caseloads for many courts for years⁷⁸. Courts' institutional interests strongly favor settlement as settled cases reduce judicial docket loads. As Table 5 makes clear, ADR participation corresponds with an increased probability of settlement. As Table 6 and 7 illustrate, however, ADR participation is not costless. The financial cost associated with ADR participation – such as litigation cost increases incident to increased disposition time – is directly

78 For data on the increase of case filings in state courts of general jurisdiction over time (between 1976 and 2002) see GALANTER, Marc. *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*. *1 J. Empirical Legal Stud.* 2004. P. 459-507, tbl.4. For a discussion of the need to reduce judicial caseloads (with an emphasis on federal courts), see REHNQUIST, William H. *The 1995 Year End Report on the Federal Judiciary (Admin. Office of the U.S. Courts, Washington, D.C.)*. Jan. 1998, p. 9-13. For a discussion of federal caseloads see, e.g., STRAS, David A. *The Supreme Court's Gatekeepers: The Role of Law Clerks in the Certiorari Process*. *85 Tex. L. Rev.* 947. 2007, p. 965-67.

borne by litigants, not courts. Thus, from an institutional perspective, appellate courts are incented to impose ADR participation as they can internalize the benefits and externalize most of the associated costs.

VI. CONCLUSION

Results from this study indicate that within the appeals context ADR programs deliver on only some (increased likelihood of settlement) – but not all (reduced disposition time) – of their promises. In some ways, however, these results may reflect more on the particular stage of litigation studied – appellate – and less on ADR’s potential efficacy at other litigation stages. To the extent that ADR seeks to achieve its goals principally by increasing information sharing and reducing information asymmetries between combating litigants, the appeals context is far from optimal. Simply put, by the time litigants survive pre-trial motions and a trial, much of the salient information about a case is known to the litigants. Consequently, when it comes to reducing appeals disposition time there is simply less work for ADR to perform. With less work available, it is less surprising to learn that ADR participation did not contribute to a reduction in appeals disposition time.

Regardless of what these findings might imply, they contribute to ADR’s uneasy reception by litigants. Unease persists even though evidence exists suggesting that ADR participation correlates with increased settlement rates. Litigant ambivalence with ADR is suggested by a relative absence of *ex ante* agreements among potential litigants to commit to ADR programs should legal disputes arise. Court-mandated ADR programs illustrate how courts’ institutional interests can trump litigants’ ambivalence. By imposing ADR participation courts likely seek to internalize ADR’s benefits and externalize its costs. Whether courts should continue to mandate ADR participation in an effort to reduce judicial docket loads by increasing settlement rates and impose upon litigants costs associated with increased disposition time persists as a policy question.

APPENDIX

Table A1 – Descriptive Statistics of Variables

Variable	Mean	S.D.	Min.	Max.	<i>n</i>
ADR participation	0.172	0.378	0	1	965
Appeal disposition time	342.599	221.970	0	1,085	930
Appeal settled	0.431	0.495	0	1	965
Reversed trial court	0.182	0.386	0	1	965
Defendant won bench trial	0.083	0.275	0	1	8,038
Plaintiff won bench trial	0.150	0.357	0	1	8,038
Defendant won jury trial	0.375	0.484	0	1	8,038
Plaintiff won jury trial	0.392	0.488	0	1	8,038
AZ	0.050	0.218	0	1	8,038
CA	0.157	0.364	0	1	8,038
CT	0.020	0.141	0	1	8,038
FL	0.072	0.258	0	1	8,038
GA	0.016	0.124	0	1	8,038
HI	0.003	0.055	0	1	8,038
IL	0.053	0.225	0	1	8,038
IN	0.015	0.123	0	1	8,038
KY	0.019	0.137	0	1	8,038
MA	0.030	0.170	0	1	8,038
MI	0.048	0.214	0	1	8,038
MN	0.025	0.156	0	1	8,038
MO	0.018	0.134	0	1	8,038

NC	0.013	0.113	0	1	8,038
NJ	0.077	0.266	0	1	8,038
NY	0.038	0.192	0	1	8,038
OH	0.050	0.219	0	1	8,038
PA	0.097	0.295	0	1	8,038
TX	0.126	0.332	0	1	8,038
VA	0.031	0.172	0	1	8,038
WA	0.026	0.159	0	1	8,038
WI	0.016	0.124	0	1	8,038
Motor vehicle	0.351	0.477	0	1	8,038
Assault, slander, libel	0.039	0.193	0	1	8,038
Product liability	0.015	0.120	0	1	8,038
Dangerous premises	0.115	0.319	0	1	8,038
Medical malpractice	0.106	0.308	0	1	8,038
Prof. malpractice	0.008	0.092	0	1	8,038
Other tort	0.045	0.207	0	1	8,038
Employment contract	0.035	0.184	0	1	8,038
Fraud	0.053	0.225	0	1	8,038
Lease	0.023	0.151	0	1	8,038
Seller plaintiff	0.096	0.295	0	1	8,038
Buyer plaintiff	0.066	0.248	0	1	8,038
Other contract	0.026	0.160	0	1	8,038
Property	0.022	0.146	0	1	8,038
Year case filed	1998.91	1.341	1985	2001	8,038
Government plaintiff	0.008	0.091	0	1	8,028
Corporate plaintiff	0.156	0.363	0	1	8,028
Corporate defendant	0.425	0.494	0	1	8,001
State appeals rev. rate	37.084	15.248	0	100	8,038

Case type appeals rev. rate	29.589	6.069	23.077	50	8,038
Multi-county state	0.682	0.466	0	1	8,038

Source: U.S. Dept. of Justice, Bureau of Justice Statistics. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

Table A5 – Selection Model of Appeal Settlement and the Decision to Appeal

	Heckman	(s.e.)
Appeal Settled :		
ADR participation	0.300*	0.133
Number of appellants	-0.080*	0.037
Number of appellees	-0.011	0.019
Appeals court w/ ADR	0.008	0.205
<i>Trial outcomes</i>		
Def. won bench trial	(ref)	
Plaintiff won bench trial	0.464**	0.158
Def. won jury trial	-0.000	0.129
Plaintiff won jury trial	0.017	0.174
<i>States</i>		
AZ	(ref)	
CA	-0.729**	0.159
CT	---	
FL	-0.411	0.286
HI	-5.972**	0.585
IL	-0.672*	0.273
IN	-0.112	0.241
KY	0.249*	0.112
MA	0.725*	0.335

MI	0.258	0.251
MO	-0.349**	0.111
NJ	-0.775**	0.284
NY	-1.035**	0.252
OH	-0.869**	0.208
PA	-0.762**	0.245
TX	-0.529**	0.204
VA	---	
WA	0.115	0.240
WI	---	
(other states)	-0.675*	0.281
Multi-county state	0.630*	0.260
<i>Case types</i>		
Motor vehicle	(ref)	
Dangerous premises	-0.441**	0.115
Product liability	-0.989**	0.173
Assault, slander, libel	-0.630**	0.201
Medical malpractice	-0.550**	0.134
Prof. malpractice	-0.999**	0.230
Other tort	-0.918**	0.202
Fraud	-0.652**	0.224
Seller plaintiff	-0.427*	0.200
Buyer plaintiff	-0.626**	0.175
Employment contract	-1.014**	0.208
Lease	-0.451	0.235
Other contract	-0.518*	0.241
Property	-1.387**	0.263
Year case filed	0.078*	0.022

<i>Litigant characteristics</i>		
Government plaintiff	-0.245	0.408
Corporate plaintiff	-0.147	0.218
Corporate defendant	-0.032	0.711
Constant	-154.07*	67.68

Table A5 – Selection Model of Appeal Settlement and Decision to Appeal (cont.)

	Heckman	(s.e.)
<i>Decision to Appeal:</i>		
<i>Trial outcomes</i>		
Def. won bench trial	(ref.)	
Plaintiff won bench trial	-0.238*	0.067
Def. won jury trial	-0.093	0.105
Plaintiff won jury trial	0.124	0.100
State appeal rev. rate	-0.015*	0.007
Case type appeal rev. rate	0.048**	0.006
Multi-county state	0.137	0.217
<i>Case types</i>		
Motor vehicle	(ref.)	
Dangerous premises	0.304**	0.112
Product liability	0.559**	0.144
Assault, slander, libel	-0.236*	0.116
Medical malpractice	0.636**	0.085
Prof. malpractice	0.364*	0.154

Other tort	0.843**	0.102
Fraud	0.467**	0.121
Seller plaintiff	0.390**	0.077
Buyer plaintiff	0.508**	0.076
Employment contract	---	---
Lease	0.721**	0.212
Other contract	0.017	0.112
Property	0.890**	0.184
Year case filed	-0.057**	0.021
<i>Litigant characteristics</i>		
Government plaintiff	0.273	0.180
Corporate plaintiff	0.142*	0.064
Corporate defendant	0.149**	0.047
Constant	111.02*	42.97
Rho (Wald test)	-0.687**	0.162
(N)	7,962	
(N outcomes)	925	
Log likelihood	-3146.4	

Notes: Model includes Heckman appeal outcome and decision to appeal equations. Dependent variable in appeal outcome equation is appeal settled; dependent variable in decision to appeal equation is whether an appeal was filed. "Other states" consists of the six states (GA, HI, MA, NC, VA, and WI) that had no more than one appeal reversal. Robust standard errors are in parentheses. The models were estimated using the "heckprob" command in Stata (v.10.0). * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$.

Source: U.S. Dept. of Justice, Bureau of Justice Statistics. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

Table A6 – Selection Model of Appeal Disposition Time (Days) and Decision to Appeal

		(s.e.)
<i>Appeal Disposition Time:</i>		
ADR participation	0.669	0.422
Appeal settled	-9.514**	0.474
Number of appellants	-0.046	0.107
Number of appellees	0.026	0.015
Appeals court w/ ADR	0.683	0.608
<i>Trial outcomes</i>		
Def. won bench trial	(ref.)	
Plaintiff won bench trial	1.047*	0.512
Def. won jury trial	0.748	0.472
Plaintiff won jury trial	1.264**	0.454
<i>Litigant characteristics</i>		
Government plaintiff	-0.304	1.063
Corporate plaintiff	0.051	0.518
Corporate defendant	-0.225	0.315
<i>States</i>		
AZ	(ref.)	
CA	0.369	1.114
CT	---	---
FL	-1.571	1.178
HI	1.501	1.014
IL	1.532	1.277
IN	-2.025**	0.698
KY	1.407**	0.283

MA	6.290**	1.128
MI	2.018**	0.724
MO	-0.775*	0.316
NJ	-1.343	0.984
NY	0.139	0.344
OH	-4.843**	1.152
PA	-2.122	1.098
TX	-1.292	1.052
VA	---	---
WA	3.739**	0.739
WI	---	---
(other states)	-0.602	1.506
Multi-county state	2.084*	1.008
<i>Case types</i>		
Motor vehicle	(ref.)	
Dangerous premises	-0.712	0.689
Product liability	0.099	0.908
Assault, slander, libel	1.230	0.955
Medical malpractice	-1.099	0.770
Prof. malpractice	-1.076	1.409
Other tort	0.585	0.881
Fraud	-0.225	0.812
Seller plaintiff	-0.290	0.751
Buyer plaintiff	-0.824	0.744
Employment contract	-0.537	0.894
Lease	0.637	1.793
Other contract	-0.870	1.029
Property	0.397	1.135

Year case filed	-0.236*	0.109
Constant	492.36*	217.97

Table A6 – Selection Model of Appeal Disposition Time (Days) and Decision to Appeal (cont.)

	Heckman	(s.e.)
<i>Decision to Appeal:</i>		
<i>Trial outcomes</i>		
Def. won bench trial	(ref.)	
Plaintiff won bench trial	-0.241**	0.083
Def. won jury trial	-0.094	0.089
Plaintiff won jury trial	0.111	0.090
State appeal rev. rate	-0.016**	0.003
Case type appeal rev. rate	0.047**	0.006
Multi-county state	0.133	0.104
<i>Case types</i>		
Motor vehicle	(ref.)	
Dangerous premises	0.304**	0.088
Product liability	0.544**	0.149
Assault, slander, libel	-0.240*	0.135
Medical malpractice	0.625**	0.079
Prof. malpractice	0.375*	0.160
Other tort	0.839**	0.081

Fraud	0.457**	0.084
Seller plaintiff	0.385**	0.089
Buyer plaintiff	0.488**	0.094
Employment contract	---	---
Lease	0.713**	0.208
Other contract	-0.013	0.118
Property	0.882**	0.192
Year case filed	-0.053**	0.018
<i>Litigant characteristics</i>		
Government plaintiff	0.276	0.218
Corporate plaintiff	0.141	0.088
Corporate defendant	0.145**	0.051
Constant	103.92*	36.61
Rho (Wald test)	-0.365**	0.117
(N)	7,950	
(N outcomes)	913	
Log likelihood	-5161.7	

Notes: Model includes Heckman appeal disposition time and decision to appeal equations. Dependent variable in disposition time equation is number of days (sqrt) between appeal filing and disposition. Dependent variable in decision to appeal equation is whether an appeal was filed. “Other states” consists of the three states (GA, MN, and NC) where the number of appeals settled was two or fewer. Confidence intervals computed at the 95% level. The models were estimated using the “heckman” command in Stata (v.10.0). Robust standard errors reported. * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$.

Source: U.S. Dept. of Justice, Bureau of Justice Statistics. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

Table A7 – Regression Models of Appeal Disposition Time (Days) By Settlement Outcome

	(A) <i>Settled</i>	(s.e.)	(B) <i>Non-Settled</i>	(s.e.)
<i>Appeal Disposition Time:</i>				
ADR participation	1.348	0.754	1.240**	0.409
Number of appellants	0.065	0.362	-0.036	0.113
Number of appellees	0.224	0.241	0.029	0.018
Appeals court w/ ADR	5.285**	1.629	-1.925*	0.772
<i>Trial outcomes</i>				
Def. won bench trial	(ref.)		(ref.)	
Plaintiff won bench trial	1.591	1.324	-0.008	0.727
Def. won jury trial	0.461	1.189	1.209	0.583
Plaintiff won jury trial	1.136	1.349	1.623**	0.541
<i>Litigant characteristics</i>				
Government plaintiff	-1.885	2.139	1.769	0.825
Corporate plaintiff	0.718	0.816	0.053	0.530
Corporate defendant	-0.185	0.583	-0.237	0.464
<i>States</i>				
AZ	(ref.)		(ref.)	
CA	-7.499**	1.524	-1.140	1.080
CT	-8.716**	1.962	---	---
FL	-3.467**	0.732	-7.771**	1.341
HI	---	---	2.285	1.258
IL	---	---	-4.545**	1.390
IN	5.234**	1.872	-5.453**	0.811
KY	-0.876	0.712	2.569**	0.298

MA	-1.454	2.411	3.552**	0.887
MI	-2.629**	0.928	5.150**	0.421
MO	-1.444	0.812	-0.377	0.299
NJ	-10.836**	2.203	-3.019**	0.995
NY	3.916**	0.965	1.691**	0.277
OH	-12.923**	1.824	-6.192**	1.381
PA	-4.791**	0.802	-6.650**	1.179
TX	-9.863**	1.976	-2.680**	0.928
VA	---	---	---	---
WA	4.390*	1.824	3.144**	0.758
WI	---	---	---	---
(other states)	6.705*	2.467	-2.592	2.073
Multi-county state	7.891**	1.882	5.215**	0.809
<i>Case types</i>				
Motor vehicle	(ref.)		(ref.)	
Dangerous premises	0.365	0.793	1.281*	0.625
Product liability	1.242	1.820	2.556	1.289
Assault, slander, libel	2.257*	1.183	2.874*	1.131
Medical malpractice	-0.303	0.925	1.392	0.912
Prof. malpractice	-0.439	2.821	2.754*	1.070
Other tort	2.849*	1.247	1.753*	0.808
Fraud	1.251	1.219	1.825*	0.875
Seller plaintiff	0.914	1.004	0.873	1.253
Buyer plaintiff	-0.058	0.973	1.577	0.832
Employment contract	1.539	0.919	1.628	0.805
Lease	1.416	2.433	2.856	1.675
Other contract	0.424	1.091	0.515	1.633
Property	6.191	3.497	1.791*	0.874

Year case filed	-0.380*	0.173	-0.238*	0.117
Constant	765.08*	346.08	492.29*	233.86
R ²	0.226		0.243	
(N)	371		725	

Notes: Dependent variable is number of days (sqrt) between appeal filing and disposition. “Other states” consists of the three states (GA, MN, and NC) where the number of appeals settled was two or fewer. Confidence intervals computed at the 95% level. The models were estimated using the “reg” command in Stata (v.10.0). Robust standard errors reported. * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$. Full results reported in Table A7.

Source: U.S. Dept. of Justice, Bureau of Justice Statistics. Supplemental Survey of Civil Appeals, 2001 (ICPSR 4539).

SOCIEDADES FECHADAS¹⁻²

CLOSE CORPORATIONS

*Jorge M. Coutinho de Abreu
Rui Pereira Dias*

Resumo: Neste texto faz-se uma apresentação geral do direito aplicável às sociedades fechadas no direito societário português.

Palavras-chave: Sociedades fechadas, sociedades por quotas.

Abstract: This paper presents a general overview of the law of close corporations in Portuguese company law.

Keywords: Close corporations, limited liability companies.

Sumário: I. Informação geral sobre sociedades fechadas em Portugal. II. Constituição de SQ. III. Estatutos e acordos parassociais. IV. Governação interna da SQ. V. Transmissão de quotas entre vivos. VI. Exclusão e exoneração de sócios. VII. Conflitos entre sócios. VII.1. Abusos de maioria. (a) Negócios entre SQ e partes relacionadas. (b) Remuneração excessiva de gerente. (c) Retenção excessiva de lucros. VII.2. Abusos de minoria. VII.3. Impasse. VII.4. Resolução alternativa de litígios.

1 Artigo recebido em 06.03.2015 e aceito em 10.04.2015.

2 O presente texto é uma versão portuguesa, levemente retocada e atualizada em outubro de 2014, do relatório nacional elaborado pelos autores em setembro de 2013 em resposta a um questionário sobre “The Law of Close Corporations”, com vista ao Congresso Mundial de 2014, em Viena, da Academia Internacional de Direito Comparado. Foi omitido um último ponto relativo a indicações bibliográficas.

I. INFORMAÇÃO GERAL SOBRE SOCIEDADES FECHADAS EM PORTUGAL

O tipo societário principal para a sociedade fechada é a “sociedade por quotas” (SQ).

Introduzido em Portugal por lei de 11 de abril de 1901, largamente inspirada na alemã *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* de 20 de abril de 1892³, o tipo SQ está hoje basicamente regulado no Código das Sociedades Comerciais (CSC)⁴, aprovado pelo Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de setembro de 1986. É um Código que contém o regime fundamental dos vários tipos societários, não apenas, portanto, das SQ mas também das “sociedades anónimas” (*public limited liability companies*), das “sociedades em nome coletivo” (*general partnerships*) e das “sociedades em comandita” (simples e por ações) – *limited partnerships*.

O CSC tem sofrido numerosas alterações. Visando especialmente as SQ, destacam-se as introduzidas pelos Decretos-Leis nºs 257/96, de 31 de dezembro (SQ unipessoais), 76-A/2006, de 29 de março (registo das “quotas” – participações sociais nas SQ)⁵, e 33/2011, de 7 de março (capital social livre e realização das entradas em dinheiro).

Fora do CSC, outras reformas na disciplina das SQ têm ocorrido. Por exemplo, as respeitantes à “constituição imediata de sociedades” (Decreto-Lei nº 111/2005, de 8 de julho) e à “constituição on-line de sociedades” (Decreto-Lei nº 125/2006, de 29 de junho)⁶.

3 A lei portuguesa foi, aliás, a primeira lei a seguir o exemplo alemão.

4 Pertencem a este diploma todos os preceitos doravante citados, na ausência de outra indicação.

5 Este Decreto-Lei de 2006, que procedeu à mais extensa reforma do CSC, trata de muitas mais matérias – p. ex., governação das sociedades anónimas e simplificação da forma de vários atos da vida das sociedades em geral.

6 Voltaremos a estes Decretos-Leis (aplicáveis não só às SQ mas também às sociedades anónimas) *infra*, nº II.

Em termos de importância prática, as SQ constituem sem dúvida a espinha dorsal da economia portuguesa. Nos últimos três anos, só através do procedimento *Empresa na Hora*, houve uma média anual de quase 20.000 constituições de sociedades. Após um decréscimo assinalável em 2012 (de 21.347 em 2011, para 16.952 no referido ano), em 2013 o número aproximou-se de novo das 20.000 (exatamente: 19.629); e os dados mais recentes mostram uma estabilização em volta dessa média (15.117 em nove meses de 2014, o que, atualizado, ultrapassará previsivelmente os 20.000)⁷, no que respeita à *Empresa na Hora*. Juntando, porém, todos os modos de constituição, temos uma média, nos últimos quatro anos civis completos, de quase 30.000 constituições⁸.

No final de 2011, de acordo com os últimos dados oficiais⁹, existiam 33.586 sociedades anónimas, um número pequeno quando comparado com as 538.744 sociedades por quotas. De entre estas, 22% (isto é, 119.102) eram sociedades por quotas unipessoais. Se a isto juntarmos 1.404 sociedades em nome coletivo e 71 sociedades em comandita (num total de 573.805 sociedades¹⁰), vemos que as so-

7 INSTITUTO DOS REGISTOS E NOTARIADO. *Estatísticas sobre volume de atos*. Disponível em: “http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/estatisticas/estatisticas/”. Acesso em: 17 out. 2014.

8 BASE DE DADOS PORTUGAL CONTEMPORÂNEO. *Sociedades constituídas por escritura pública: total e por sector de actividade económica principal*. Disponível em: “<http://www.pordata.pt/Portugal/Sociedades+constituídas+total+e+por+sector+de+actividade+economica+principal-176>”. Acesso em: 17 out. 2014. De acordo com esses dados, por ano, desde 2010, temos os seguintes números de constituições: 27.998 (2010), 31.986 (2011), 27.646 (2012) e 32.060 (2013). Contrapondo sectores de actividade económica principal, com *indústria, construção e energia* de um lado e *serviços* do outro, os últimos representam sempre mais de 80%: aos primeiros correspondem aproximadamente 19,1% (2010), 18,2% (2011), 17,6% (2012) e 17,7% (2013).

9 V. INSTITUTO DOS REGISTROS E NOTARIADO. Portal Estatístico de Informação Empresarial. Estatísticas. Disponível em: “<http://www.estatisticasempresariais.mj.pt>”. Acesso em: 17 out. 2014.

10 De acordo com a lei portuguesa, sociedades em nome coletivo e sociedades em comandita são qualificadas como verdadeiras sociedades, com plena personalidade jurídica, o que as contrapõe às *sociedades civis*.

ciedades por quotas representam cerca de 93,9% de todo o universo societário português, ao passo que as sociedades anónimas correspondem a menos de 6%; os outros dois tipos legais societários são, portanto, estatisticamente irrelevantes.

Embora não haja dados estatísticos gerais acerca da participação dos sócios na gestão, ela é tipicamente muito intensa: salvo em sociedades fechadas de grande dimensão (que, não se olvide, tenderão, em virtude dessa grandeza, a transformarem-se ou reconstituírem-se como sociedades anónimas), será rara a designação de não sócios como gerentes. Em sociedades familiares, é comum a designação de sócios (membros da família) como gerentes, mesmo que desde o primeiro momento não se preveja o efetivo exercício do cargo gerencial. Não obstante, existe hoje maior consciência das possíveis consequências gravosas que resultam de uma tal prática, na decorrência de preceitos de direito fiscal e insolvencial que ditam a responsabilização de administradores e gerentes independentemente do efetivo desempenho de funções.

Encontramos em algumas formas de organização empresarial uma combinação de elementos civis e comerciais, como é o caso das *sociedades de advogados*, em que o exercício conjunto da profissão pode ser institucionalizado sob a forma de *sociedades de responsabilidade limitada* ou *ilimitada*. De resto, combinações como, por exemplo, as correntes na Alemanha, em que é comum a junção de uma sociedade por quotas e uma sociedade em comandita, de que a primeira é comanditada (*GmbH & Co. KG*), são, embora juridicamente admissíveis, na prática irrelevantes, em virtude da inexistência de incentivos fiscais ou outros que as distingam das comuns sociedades por quotas.

II.CONSTITUIÇÃO DE SQ

Segundo o CSC, o processo de constituição de uma SQ desdobra-se em três atos principais: *atoconstituente* (contrato na sociedade

pluripessoal, negócio jurídico unilateral na sociedade unipessoal); *registo* (definitivo) do ato constituinte; *publicação* do ato constituinte.

O ato constituinte deve ser reduzido a *escrito* e a(s) *assinatura(s)* do(s) subscritor(es) deve(m) ser *reconhecida(s) presencialmente*, salvo se forma mais solene for exigida para a transmissão de bens com que algum sócio entre para a sociedade, caso em que o ato constituinte deverá revestir essa forma (CSC, arts. 7/1, 270-G, 488/2)¹¹.

O ato constituinte (contendo os estatutos) deve ser inscrito no registo comercial, a cargo de qualquer conservatória de registo comercial (serviço público) – art. 18/5 do CSC, art. 3/1 a) do Código de Registo Comercial (CRCom.), aprovado pelo Decreto-Lei nº 403/86, de 3 de dezembro –, a esta competindo controlar a legalidade daquele ato (arts. 46, s. do CRCom.). A sociedade goza de *personalidade jurídica* a partir da data do registo definitivo do ato constituinte (art. 5 do CSC).

A publicação do ato constituinte, promovida oficiosamente pela conservatória onde o registo foi efetuado, é feita (desde 2005) em sítio na Internet de acesso público (art. 167/1 do CSC, arts. 70, s. do CRCom.)¹².

Em 2005 e 2006, para simplificar e tornar mais célere a constituição de sociedades (unipessoais ou pluripessoais) por quotas ou anónimas, o legislador introduziu o “regime especial de constituição imediata de sociedades” (“*empresa na hora*”) – Decreto-Lei nº 111/2005 – e o “regime especial de constituição on-line de sociedades” (“*empresa on-line*”) – Decreto-Lei nº 125/2006.

11 Antes do citado Decreto-Lei nº 76-A/2006, a forma obrigatória era a escritura pública (elaborada por notário). Além dos notários, são competentes para o reconhecimento presencial das assinaturas (depois daquele Decreto-Lei) câmaras de comércio e indústria, os conservadores e oficiais de registo, os advogados e os solicitadores.

12 Para desenvolvimentos acerca do processo normal de constituição de SQ, ABREU, J. M. Coutinho de. *Curso de Direito Comercial: das sociedades*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 2, p 85.

Aquele primeiro “regime especial” pressupõe: (a) opção por estatuto de modelo previamente aprovado por entidade pública; (b) opção por firma social previamente criada e reservada a favor do Estado, ou escolhida antes ou no início do procedimento de constituição da sociedade e aceite pelo serviço de registo no posto de atendimento, ou escolhida antes e constante de certificado de admissibilidade de firma. O procedimento de constituição, conduzido por serviço do registo comercial, deve ser iniciado e concluído no mesmo dia.

Desde a sua criação em 2005 e até setembro de 2014, mais de 175.000 sociedades foram deste modo constituídas. Salientamos, neste procedimento, estes momentos: preenchimento do estatuto social, em documento particular, de acordo com o modelo previamente escolhido; registo do ato constituinte; depois, no prazo de vinte e quatro horas, o serviço competente promove, entre outras coisas, a publicação do ato constituinte. Existe um custo fixo de constituição da sociedade de 360 Euros.

O segundo “regime especial” aludido, *i.e.*, o procedimento de constituição de “empresa on-line” (não aplicável quando haja entradas com bens cuja transmissão exige forma mais solene do que a forma escrita) desenrola-se em sítio na Internet; é dirigido por conservatória do registo comercial. Os interessados na constituição da sociedade, diretamente ou por intermédio de advogados, solicitadores ou notários, e com os meios de certificação exigidos, transmitem *on-line* os estatutos sociais (de modelo previamente aprovado ou não); o serviço competente regista o ato constituinte e promove a respetiva publicação.

Os modelos de pactos sociais a que já nos referimos são acessíveis publicamente em sítio na Internet¹³, onde podem encontrar-se três modelos para SQ, um dos quais para a sociedade por quotas unipessoal, e dois para SA. A principal diferença entre os dois modelos

13 V. EMPRESAS NA HORA. *Pactos*: Diferenças entre os modelos de Pactos Sociais. Disponível em: “http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/PT_pactos”. Acesso em: 17 out. 2014.

para SQ pluripessoais¹⁴ está na complexidade da regulação estatutária: um procede essencialmente à indicação dos elementos obrigatoriamente constantes do ato constituinte¹⁵, a que se junta a possibilidade de designação imediata do(s) titular(es) da gerência e uma regra de livre escolha pelos sócios dos seus representantes em assembleia geral (cfr. o art. 6 do modelo mais simples, idêntico ao art. 9 do segundo modelo, em confronto com a regra supletiva, por ambos afastada, do art. 249/5), ao passo que o outro acrescenta cláusulas sobre a cessão de quotas (consagrando direitos de preferência), prestações suplementares e amortização de quotas (com ou sem redução do capital).

III. ESTATUTOS E ACORDOS PARASSOCIAIS

Na prática tradicional, e mesmo em algumas normas legais, utiliza-se sinonimamente “estatutos” e “ato constituinte”. E entende-se hoje generalizadamente que o ato jurídico-negocial plurissubjetivo constituinte de sociedade tem natureza *contratual*: é um contrato de fim comum e de organização. Por sua vez, o ato constituinte de sociedade unipessoal é normalmente um *negócio jurídico unilateral*: negócio “de organização” também, já não, naturalmente, “de fim comum”¹⁶.

Os estatutos de uma SQ hão de conter certas menções (obrigatórias) e podem conter outras (facultativas).

Nos termos do art. 9/1 do CSC, dos estatutos *devem constar*:
(a) os nomes ou firmas de todos os sócios fundadores e os outros

14 Por seu turno, o modelo de pacto social para SQ unipessoais é muito semelhante ao modelo mais simples para SQ pluripessoais.

15 V. *infra*, III.

16 ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 94, s., p. 103-104.

dados de identificação destes; (b) o tipo de sociedade (no caso, SQ); (c) a firma; (d) o objeto social; (e) a sede; (f) o capital social; (g) a quota de capital (participação social) e a natureza da entrada (dinheiro ou bens em espécie) de cada sócio, bem como os pagamentos efetuados por conta de cada entrada (em dinheiro)¹⁷; (h) consistindo a entrada em bens diferentes de dinheiro, a descrição destes e a especificação dos respetivos valores¹⁸; (i) data do encerramento do exercício económico anual, quando ele não coincida com o ano civil. Acrescente-se que as vantagens especiais concedidas a sócios conexas com a constituição da sociedade e certas despesas de constituição devem também constar dos estatutos, sob pena de ineficácia relativamente à sociedade (art. 16).

A menção do *capital social* (estatutário ou nominal) – cifra representativa do valor nominal da participação social (em SQ unipessoal) ou da soma dos valores nominais das participações sociais – merece aqui uma nota. Tradicionalmente, a lei fixava um capital social mínimo (ultimamente era de 5.000). Atualmente, depois do Decreto-Lei nº 33/2011, que alterou vários preceitos do CSC, *deixou de haver* (para a generalidade das SQ) *capital social mínimo fixo*. O capital social é livremente fixado nos estatutos (art. 201 do CSC). E porque o valor nominal mínimo das quotas é de 1, o capital social mínimo fixado estatutariamente dependerá do número de sócios fundadores: 1 para a SQ unipessoal, 2 para a SQ com dois sócios fundadores, etc.¹⁹.

17 Esta alínea do art. 9/1 é complementada pela alínea b) do art. 199, na redação introduzida pelo Decreto-Lei nº 33/2011: quando seja caso disso, os estatutos devem mencionar o montante das entradas (em dinheiro) a realizar até ao termo do primeiro exercício económico, bem como o montante das entradas diferidas para momento ulterior.

18 As entradas em espécie devem ser avaliadas por revisor oficial de contas (ROC) independente (art. 28).

19 V. por todos, desenvolvidamente, DOMINGUES, Paulo de Tarso. Comentário ao art. 201. In: ABREU, J. M. Coutinho de. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011.v. III, p. 198, s.

Nos estatutos há lugar também para menções *facultativas*²⁰. Por um lado, os espaços não ocupados por lei podem ser preenchidos por cláusulas estipuladas pelos sócios que não contrariem características essenciais do tipo SQ (*v.g.*, pode ser criado um órgão consultivo cuja competência não colida com a de qualquer órgão necessário). Por outro lado, a própria lei habilita às vezes os estatutos a estabelecerem determinada disciplina (*v.g.*, os estatutos podem impor a um ou mais sócios prestações acessórias, ou permitir deliberações dos sócios exigindo prestações suplementares – arts. 209 e 210 do CSC). Por outro lado ainda, o CSC contém várias normas dispositivas ou supletivas, isto é, normas que podem ser derogadas pelos estatutos das sociedades ou por deliberações por eles ou por lei admitidas (cfr. o art. 9/3 do CSC) – *v.g.*, o art. 217/1 permite que a regra da distribuição de pelo menos metade do lucro de exercício distribuível seja derogada pelos estatutos.

Qualquer *alteração dos estatutos*, quer por modificação ou supressão de alguma das suas cláusulas quer por introdução de nova cláusula, tem de ser feita por deliberação dos sócios. Que, para ser válida, tem de ser adotada por, pelo menos, três quartos de todos os votos emissíveis ou por número maior de votos exigido pelos estatutos (art. 265/1 do CSC). E podem os estatutos estabelecer ainda que as alterações ou certas alterações estatutárias ficam dependentes do voto favorável de certo sócio (com direito especial) – art. 265/2.

Note-se também a regra do art. 86/2 do CSC: se uma alteração estatutária envolver o aumento das prestações impostas pelos estatutos aos sócios, esse aumento, ainda que válido em geral, é ineficaz (não produz efeitos) para os sócios que nele não tenham consentido.

Os estatutos das sociedades, com exceção dos aprovados por atos legislativos, são negócios jurídicos, expressivos de ordenação baseada na vontade dos sócios. São, no entanto, negócios jurídicos

20 Exceto, claro, nos estatutos de modelo previamente aprovado, como nos da “empresa na hora”.

de organização, relevando não apenas para os sócios atuais mas também para futuros sócios e terceiros; contêm várias disposições de carácter geral e abstrato, cláusulas de natureza “normativa”.

Consoante é acentuado mais o carácter jurídico-negocial ou o carácter jurídico-normativo dos estatutos, assim se defende para *interpretação* dos mesmos a aplicação ora dos princípios interpretativos dos negócios jurídicos, ora dos princípios de interpretação da lei.

Parece preferível partir das regras de interpretação dos negócios jurídicos. Procedendo embora a diferenciações impostas pela diversidade das cláusulas estatutárias. Assim, na interpretação das cláusulas de organização e funcionamento relevantes também para futuros sócios e terceiros, muito pouco espaço haverá para os elementos interpretativos de índole subjetiva; a vontade dos sócios há de extrair-se do texto das cláusulas estatutárias e do respetivo contexto. Já na interpretação das cláusulas que regulam as relações de um ou mais sócios entre si ou com a sociedade, devem ser inteiramente observadas as regras aplicáveis à interpretação dos negócios jurídicos em geral – regras ainda de carácter “objetivo”, mas admitindo a utilização de circunstâncias exteriores aos estatutos para perquirir a vontade real ou o sentido “normal” das declarações dos sócios refletidas nos estatutos²¹.

As lacunas dos estatutos devem em primeira linha ser preenchidas pelos preceitos dispositivos do CSC relativos às SQ; inexistindo ou sendo eles insuficientes, recorrer-se-á à vontade hipotética ou conjectural dos sócios, ou aos princípios da boa-fé quando estes imponham solução diversa da decorrente daquela vontade.

Ao nível infra-estatutário, no que diz respeito aos chamados *regimentos*, não existe uma regulamentação específica que lhes seja dedicada pelo CSC. No entanto, a doutrina é consensual na aceitação

21 Cfr. ABREU, J. M. Coutinho de. Op cit. p. 142 s. e, desenvolvidamente, FONSECA, Hugo Duarte. *Sobre a interpretação do contrato de sociedade nas sociedades por quotas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

da sua validade²², pensando sobretudo nas SA, onde são mais frequentemente utilizados. Nesse contexto, surgem regimentos específicos para determinados órgãos sociais, sobretudo para o órgão de administração. Pode dizer-se que, na prática, os regimentos em SQ são coisa rara. De todo o modo, eles são admissíveis.

A possibilidade de os sócios, ou parte deles, recorrerem a acordos parassociais em ordem à regulação de certos aspetos da vida social é expressamente reconhecida pelo art. 17, aplicável em geral a todos os tipos societários. O seu efeito é *inter partes*, não *erga omnes* (art. 17/1). Há um desvio a essa regra geral no direito do mercado de capitais, para as sociedades abertas, que portanto não releva no universo das sociedades fechadas²³.

Não há uma tipologia de acordos parassociais legalmente definida, ainda que, na prática, eles com frequência se ocupem do exercício do direito de voto (*v.g.*, na designação de gerentes), da cessão de quotas (opções de compra e de venda, direitos de preferência, *etc.*), ou de outras facetas da governação interna da sociedade.

Há um claro intuito de evitar desvios fundamentais à estrutura orgânica prevista na lei, o que torna esta regra especialmente importante para as SA – onde é suposta uma mais nítida separação entre a gestão e a participação social – e não tão significativa (ainda que não necessariamente irrelevante) na prática das SQ, caracterizadas legal-tipicamente pela existência de poderes dos sócios para intervir na gestão²⁴.

Se todos os fundadores de uma SQ subscreverem um acordo parassocial de voto, não há, à partida, obstáculo à sua validade e efi-

22 V. por todos ANTUNES, J. Engrácia. O regimento do órgão de administração. *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, nº 2, p. 85 s., 2009.

23 *I.e.*, o art. 19 do CVM, essencialmente exigindo a comunicação e publicação de acordos parassociais relevantes para o controlo; e ferindo de anulabilidade as deliberações sociais baseadas em votos que resultam da execução dos acordos não comunicados ou não publicados.

24 V. os arts. 259 e 246 para as SQ, comparando-os com os arts. 373/3 e 405/1 para as SA.

cácia: o exercício do direito de voto é um dos pontos que podem validamente constituir objeto de acordo parassocial, desde que dele não resultem obrigações de (i) seguir sempre as instruções da sociedade ou um dos seus órgãos, (ii) aprovar sempre as propostas feitas por estes ou (iii) exercer (ou abster-se de exercer) o direito de voto em contrapartida de vantagens especiais²⁵.

Se partirmos do pressuposto da não violação destes limites, um acordo “omnilateral” poderá ter um papel na interpretação dos estatutos de uma SQ. Como acima indicado, ganham prevalência as regras sobre a interpretação do negócio jurídico (por oposição às que regem a interpretação legal) quando estão em causa direitos e deveres da sociedade e do sócio; pelo que elementos externos podem ser utilizados com vista à interpretação da vontade das partes.

Bem mais duvidosa é a relevância de um tal acordo em sede de impugnação de uma deliberação dos sócios que seja desconforme com o acordo parassocial, mas conforme com os estatutos²⁶.

IV. GOVERNAÇÃO INTERNA DA SQ

Os sócios de SQ têm *competências deliberativas* muito alargadas: (a) para certos assuntos, competência legal imperativa, não podendo eles, portanto, atribuí-la a outro órgão por cláusula estatutária ou por deliberação; (b) para certos outros assuntos, competência le-

25 Art. 17/3; v. CUNHA, Carolina. Comentário ao art. 17. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2010. v. I, p. 310 s.

26 Expressamente neste sentido, v. p. ex. o ac. da RG de 13.11.2002, in *CJ*, XXVII, 2002, p. 268 s., e CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 172. Mas há opiniões em favor de uma eficácia do acordo *para com a sociedade*, baseadas numa certa compreensão da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, ou antes em favor de uma derrogação das regras societárias imperativas quando não haja outros interesses a atender que não os dos sócios, partes no acordo, e regulados no acordo. Para esta última opinião, v. mais recentemente FRADA, Manuel Carneiro da. Acordos parassociais ‘omnilaterais’. *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, nº 2, p. 110 e *passim*, 2009.

gal dispositiva – a lei atribui aos sócios poder deliberativo, mas permite que os estatutos o atribuam a outro órgão; (c) competência estatutária – poderes que os sócios, com permissão legal, se autoatribuem nos estatutos; (d) competência legal facultativa – principalmente em matérias (não discriminadas) de gestão, a lei atribui aos sócios competência deliberativa que eles podem exercer ou não²⁷.

Compete à *gerência representar e administrar* a SQ (arts. 252/1 e 259 do CSC). Mas os poderes de gestão estão ou podem estar subordinados ao poder deliberativo dos sócios. Com efeito, certos atos de gestão dependem de deliberação dos sócios, por força de lei imperativa (*v. g.*, aquisição, alienação e oneração de quotas próprias, aprovação das contas e aplicação dos resultados anuais: art. 246/1, b) e e)), de lei dispositiva (*v.g.*, alienação ou oneração de bens imóveis, alienação, oneração ou locação de estabelecimento, subscrição ou aquisição de participações noutras sociedades e sua alienação ou oneração: art. 246/2, c) e d)) ou dos estatutos (é possível os estatutos estipularem que depende de deliberação dos sócios a prática de certos atos ou categorias de atos de gestão: proémio do art. 246/1). Por outro lado, os sócios têm o poder (legal) geral de, mediante deliberação, dar instruções genéricas ou concretas aos gerentes em matérias de gestão – é o que decorre do art. 259: “Os gerentes devem praticar os atos que forem necessários ou convenientes para a realização do objeto social, *com respeito pelas deliberações dos sócios*”.

A assembleia geral das SQ (diferentemente do que se verifica nas sociedades anónimas: cfr. o art. 373) é, pois, o órgão social superior, e um órgão quase-soberano.

A gerência é composta por *um ou mais* gerentes, *pessoas singulares* com capacidade jurídica plena, sócios ou não (art. 252/1 do CSC). São normalmente designados *no ato constituinte* ou *eleitos* pos-

27 Desenvolvidamente, ABREU, J. M. Coutinho de. Comentário ao art. 246. In: ABREU, J. M. Coutinho de. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2012. v. IV, p. 14, s.

teriormente por deliberação dos sócios (art. 252/2)²⁸, *por tempo indeterminado*, salvo se os estatutos ou o ato de designação fixarem termo (art. 256).

Quando a gerência é plural, em regra (dispositiva) as decisões (internas) de administração são tomadas *colegialmente*, isto é, com adoção de deliberações (maioritárias) em reunião dos gerentes, e os poderes de representação ou vinculação (externa) são exercidos *conjunta-maioritariamente* (a sociedade fica “vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos gerentes ou por ela ratificados”) – art. 261/1.

Os gerentes podem decidir (maioritariamente) *delegar* em algum ou alguns deles poderes de administração e de representação para determinados negócios ou sectores negociais (art. 261/2). De todo o modo, os gerentes não delegados não ficam privados de poderes administrativos e/ou representativos nas matérias delegadas²⁹.

A relação de administração que liga o gerente à sociedade pode ser *extinta* por caducidade, renúncia, acordo revogatório e destituição³⁰.

Quanto a esta última causa de extinção, vigora a regra da *livre destituição*: os sócios podem a todo o tempo deliberar destituir gerente, haja ou não justa causa (art. 257/1). Porém, quando não haja justa causa de destituição (designadamente, o gerente não violou gravemente os seus deveres, nem revelou inaptidão para o exercício normal das suas funções), o gerente destituído tem direito a ser indemnizado (art. 257/7).

28 Os estatutos podem prever outras formas de designação (p. ex., nomeação de um ou mais gerentes por um sócio com direito especial de designação). É possível também, em algumas situações, a designação judicial (art. 253/3).

29 Cfr. ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 598-599.

30 Desenvolvidamente, ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 618, s.

Há no entanto casos em que, em *exceção* àquela regra, a destituição só pode ter lugar por decisão judicial fundada em justa causa: quando o gerente seja sócio com direito especial à gerência (art. 257/3); quando a sociedade tenha apenas dois sócios e um deles pretenda a destituição do outro enquanto gerente com fundamento em justa causa (art. 257/5); quando o gerente haja sido nomeado pelo tribunal³¹.

A SQ não tem de ter *órgão de fiscalização*. Mas pode ter, como órgão de fiscalização estatutariamente previsto, um conselho fiscal ou um fiscal único, com o regime previsto para as sociedades anónimas (art. 262/1 do CSC)³².

No entanto, quando a SQ ultrapasse certa dimensão³³, se não tiver órgão fiscalizador, deve ser designado um revisor oficial de contas para proceder à revisão legal das contas (art. 262/2).

Os administradores das SQ (bem como das sociedades de outros tipos)³⁴ estão sujeitos a *deveres legais específicos* (resultam imediata e especificadamente da lei) e a *deveres legais gerais* – deveres de *cuidado* e deveres de *lealdade* (art. 64/1 do CSC)³⁵.

31 Para este caso, v. VENTURA, Raúl. *Sociedades por quotas*. Coimbra: Almedina, 1991. v. III, p. 105; LABAREDA, João. *Direito societário português*: Algumas questões. Lisboa: Quid Juris, 1998. p. 108.

32 Para uma leitura atualista deste preceito, v. DIAS, Gabriela Figueiredo. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011. v. IV, p. 179, s.

33 *I.e.*, quando a sociedade, durante dois exercícios consecutivos, ultrapasse dois dos seguintes três limites: a) total do balanço de 1.500.000 Euros; total das vendas líquidas e outros proveitos de 3.000.000 Euros; e número de trabalhadores empregados em média durante o exercício: 50 (cfr. art. 262/2).

34 Os deveres dos administradores estão regulados na Parte Geral do CSC: v. sobretudo os arts. 64 e 71 s.

35 Desenvolvidamente, ABREU, J. M. Coutinho de. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 12, s.

Um dos deveres de lealdade dos administradores traduz-se em estes terem a obrigação de aproveitar as *oportunidades de negócio* da sociedade³⁶ em benefício dela, não em seu benefício ou no de outros sujeitos, salvo consentimento da sociedade.

Um gerente de SQ que aproveite indevidamente para si uma oportunidade de negócio da sociedade, além de poder ser destituído com justa causa, *responde civilmente para com a sociedade*. Verificam-se, com efeito, os pressupostos previstos no art. 72/1 do CSC: ilicitude do comportamento do gerente (violação do dever legal de lealdade), culpa (neste caso presumida, e cuja bitola é a do “gestor criterioso e ordenado”³⁷), dano da sociedade e nexo de causalidade entre o facto (ilícito e culposo) e o dano.

A *ação judicial* de responsabilidade a favor da sociedade pode ser proposta *por esta*, na sequência de deliberação dos sócios em que o sócio-gerente cuja responsabilidade está em causa não pode votar (arts. 75 e 76), *por um ou vários sócios* que possuam, pelo menos, quotas correspondentes a 5% do capital social, quando a sociedade a não proponha (art. 77), ou *por credor(es)* da sociedade, quando nem a sociedade nem os sócios a propuserem e a indemnização da sociedade seja essencial para a satisfação ou garantia dos seus créditos (art. 78/2)³⁸.

O proponente da ação de responsabilidade pode pedir indemnização por reconstituição natural – o negócio em causa será transferido para a sociedade e/ou os lucros obtidos pelo gerente cor-

36 Vem-se entendendo que uma oportunidade negocial é da sociedade quando se insere no domínio de atividade da sociedade, ou esta tem interesse relevante nela; ou quando a sociedade manifestou já interesse no negócio em causa, ou recebeu proposta contratual, ou está em negociações para conclusão do contrato.

37 Cfr. art. 64/1 a).

38 V. por todos ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. nota 32, p. 60, s. ou RAMOS, Elisabete. In: ABREU, J. M. Coutinho de. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011.v. I, p. 875, s.

respondentes ao lucro cessante da sociedade serão entregues a esta –, ou indemnização por equivalente (em dinheiro) que coloque a sociedade na situação patrimonial em que se encontraria se não tivesse ocorrido o comportamento lesivo³⁹. A menos que o montante da indemnização esteja já fixado em cláusula (penal) dos estatutos da sociedade (cfr. os arts. 810, s. do Código Civil).

V. TRANSMISSÃO DE QUOTAS ENTRE VIVOS

A transmissão de quotas entre vivos, para ser válida, deve ser feita por *escrito* (simples) – art. 228/1 do CSC⁴⁰.

E torna-se *eficaz para com a sociedade* (esta passará a considerar o adquirente como titular efetivo da quota, com os respetivos direitos e deveres) quando lhe for *comunicada* por escrito (pelo transmitente, pelo adquirente ou por ambos) ou por ela *reconhecida*, expressa ou tacitamente (art. 228/3). Mas a eficácia, relativamente à sociedade, das transmissões voluntárias de quotas depende ainda, muitas vezes, do *consentimento da sociedade*. Diz, com efeito, o n.º 2 do art. 228: A cessão de quotas não produz efeitos para com a sociedade enquanto não for consentida por esta, a não ser que se trate de cessão entre cônjuges, entre ascendentes e descendentes ou entre sócios⁴¹. O consentimento da sociedade, quando expresso, é dado por deliberação dos sócios (art. 230/2)⁴².

39 V. RIBEIRO, Maria de Fátima. O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*. Porto: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 20, p. 50, s., 2001.

40 Antes da alteração deste preceito pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, era exigida escritura pública.

41 Esta regra (dispositiva, como depois se verá) é inversa à regra legal dispositiva da cessão livre das quotas que o art. 6 da citada lei de 1901 estabelecia.

42 Para o consentimento tácito, v. os n.ºs 5 e 6 do art. 230.

Por outro lado, para a transmissão de quotas produzir *efeitos contra terceiros*, é preciso que ela seja *registada* em conservatória de registo comercial (CRCom., arts. 3/1 c) e 14/1). Se, por exemplo, o sócio *A* vendeu validamente a sua quota a *B* e, posteriormente, a *C*, e este conseguiu o registo da aquisição antes de *B*, a titularidade de *C* sobre a quota – apesar de ter adquirido *a non domino* – prevalecerá em relação à de *B*⁴³ (cfr. tb. o art. 12 do CRCom.).

O CSC permite aos estatutos de SQ larga margem de conformação do regime da transmissão de quotas. Assim, “são válidas as cláusulas que *proibam* a cessão de quotas, mas os sócios terão, nesse caso, direito à exoneração, uma vez decorridos 10 anos sobre o seu ingresso na sociedade” (art. 229/1). Por outro lado, os estatutos podem derogar o regime do art. 228/2, quer *dispensando o consentimento* da sociedade para todas ou algumas situações (art. 229/2), quer *exigindo o consentimento* para todas ou algumas das cessões em que, segundo aquele preceito, ele não é exigido (art. 229/3). E podem *condicionar o consentimento* da sociedade a requisitos (subjettivos e/ou objetivos) específicos (art. 229/5).

Em suma, pode dizer-se que a interação entre as várias opções reconhecidas pelo legislador e os exatos contornos dos estatutos, com respeito à cessão de quotas, podem ter um impacto significativo no grau de *fechamento* ou *abertura* da sociedade.

São frequentes as cláusulas estatutárias atribuindo *direito de preferência aos sócios e/ou à sociedade* em caso de cessão de quotas. Embora não previstas no CSC, estas cláusulas são lícitas – exceto se, ou na medida em que, subordinem ou façam depender a eficácia da cessão de quota para com a sociedade do cumprimento, pelo cedente, da obrigação de preferência (cfr. o art. 229/5 do CSC). O direito de preferência estipulado em contrato de sociedade com forma legal e

43 Sem prejuízo, é evidente, da obrigação de indemnização que recaia sobre *A* perante *B*. O registo é agora (depois do Decreto-Lei nº 76-A/2006) promovido pela sociedade (arts. 242-A, s. do CSC).

registado tem eficácia *erga omnes*: se uma quota for cedida sem que se tenha dado conhecimento ao ou aos preferentes, estes têm o direito de, por meio de ação judicial de preferência, se substituírem ao cessionário⁴⁴.

O consentimento da sociedade solicitado para a transmissão de quota pode ser recusado por ela. Duas hipóteses devem então ser tidas em conta: estar a quota em causa *há mais de três anos* na titularidade de quem pretende transmiti-la, ou na titularidade do seu cônjuge ou de pessoa a quem tenham, um ou outro, sucedido por morte (art. 231/3); a quota em causa estar *há menos de três anos* na titularidade daqueles sujeitos.

Na primeira hipótese, deve a comunicação de *recusa de consentimento* dirigida ao sócio que pretende ceder a quota incluir uma *proposta* de amortização ou de aquisição da quota⁴⁵; se o titular da quota não aceitar a proposta no prazo de 15 dias, fica esta sem efeito, mantendo-se a recusa do consentimento (art. 231/1). Portanto, se o titular da quota aceitar a proposta, não ficará “prisoneiro da quota”⁴⁶, mas não a transmitirá a quem ele queria.

Na segunda hipótese, parecerá que a recusa de consentimento reterá inelutavelmente (por algum tempo) o titular da quota na sociedade.

Mas será a recusa de consentimento sempre lícita, insindicável judicialmente? Não parece – especialmente nos casos da segunda hipótese⁴⁷. Os sócios estão vinculados pelo dever de atuação comparti-

44 V. por todos ABREU, J. M. Coutinho de. Direito de preferência em cessão de quotas. *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 147, s.

45 O direito de adquirir a quota é atribuído aos demais sócios, primeiro, e à sociedade, depois (art. 231/4).

46 E receberá uma contrapartida em dinheiro igual ao valor resultante do negócio encarado pelo cedente, ou o valor real da quota – v. a alínea d) do nº 2 do art. 231.

47 ABREU, J. M. Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*: das sociedades. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 2, p. 372; em boa parte no mesmo sentido, MARTINS, Alexandre Soveral.

vel com o interesse social (ou dever de lealdade⁴⁸). Não pode a maioria votar pela recusa do consentimento tendo em vista tão só, por exemplo, prejudicar o sócio que pretende ceder a quota (a manutenção deste sócio na sociedade não se mostra importante para a vida desta, o pretendido cessionário – um filho, p.ex. – é pessoa da confiança dos restantes sócios, a maioria visa somente tornar aquele sócio “prisioneiro” da sociedade, ou pressioná-lo a desfazer-se da quota a favor da sociedade ou dos sócios sem justa contrapartida). *Deliberações deste tipo hão de poder ser anuladas pelo tribunal*, com base na alínea a) do nº 1 do art. 58, ou na alínea b) desse número (deliberações abusivas).

Anulada a deliberação de recusa do consentimento, manter-se-á, ainda assim, a falta do consentimento. E a estória poderia repetir-se. Contudo, talvez seja razoável entender-se que a anulação da deliberação que recusou o consentimento *torna livre a projetada transmissão da quota* – aplicando-se o nº 4 do art. 230: “Se a sociedade não tomar a deliberação sobre o pedido de consentimento nos 60 dias seguintes à sua receção, a eficácia da cessão deixa de depender dele”.

A lei não trata expressamente a inclusão nos estatutos das chamadas cláusulas de *tag along* ou *drag along*⁴⁹. Não obstante, o manejo adequado dos instrumentos estatutários e contratuais ao dispor dos sócios, dentro do quadro geral da liberdade contratual, pode permitir obviar à invalidade de tais cláusulas: entre outros instrumentos con-

Comentário ao art. 231. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina. v. III, p. 487. Contra, v. designadamente VENTURA, Raul. *Sociedades por quotas*. Coimbra: Almedina, 1987. v. I, p. 631, s., 641.

48 V. ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 290.

49 Podem encontrar-se, contudo, afirmações que mais ou menos explicitamente pressupõem a sua validade – p. ex., v. CUNHA, Paulo Olavo. Op. cit. p. 180-181 (especialmente no contexto das SA); quanto a sociedades familiares, v. MARTINS, Alexandre Soveral. Pais, filhos, primos e etc., Lda.: as sociedades por quotas familiares (uma introdução). *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, nº 10, p. 71, 2013.

cebíveis, servirá semelhantes propósitos a previsão estatutária de causas de amortização, desde que não redundando em expropriação ilegal dos direitos do sócio, nem tão-pouco conferindo poderes arbitrários ao sócio para sua exoneração⁵⁰.

VI. EXCLUSÃO E EXONERAÇÃO DE SÓCIOS

Tanto a *exclusão* como a *exoneração* de sócios encontram-se reguladas sobretudo⁵¹ nos artigos 240 a 242.

O artigo 241 autoriza cláusulas estatutárias que estabeleçam os termos e requisitos de *exclusão*. Estas podem prever como causa circunstâncias respeitantes à pessoa ou ao comportamento do sócio, casos em que não é devida uma intervenção judicial. Os sócios têm o poder exclusivo de submeter essa exclusão a uma deliberação (art. 246/1 c)), que deverá ser tomada, nos termos gerais, por maioria simples, a não ser que os estatutos fixem requisitos de maioria mais exigentes⁵².

É consensual que as causas de exclusão estatutariamente consagradas não exigem *justa causa*, mas tal não deve ser lido como a concessão de um direito de exclusão absoluto ou discricionário aos sócios⁵³. As circunstâncias que legitimam a exclusão devem ser suficientemente claras e específicas – de outro modo, a previsibilidade devida não estaria salvaguardada. Por exemplo, cláusulas que simplesmente autorizem deliberações de exclusão “quando a sociedade entenda ser conveniente” são nulas⁵⁴.

50 V. art. 240/8, referido *infra*, VI.

51 Com remissões relevantes para as regras sobre amortização de quotas, bem como para as regras gerais acerca da avaliação de participações sociais, como veremos.

52 ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 438.

53 CUNHA, Carolina. Comentário ao art. 241. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011. v. III, p. 574.

Ao deliberarem a exclusão (e em consequência de uma remissão do art. 241/2 para os preceitos relativos à amortização de quotas), os sócios devem também determinar o destino da(s) quota(s) do sócio excluído: a sua amortização ou a sua aquisição pela sociedade, outro sócio ou terceiro⁵⁵.

No que toca à avaliação da(s) quota(s) do sócio excluído, o artigo 241/3 admite desvios em relação ao fixado para a amortização: os estatutos podem ditar um valor da quota, ou um critério de determinação desse valor, diferente do que resultaria dos preceitos aplicáveis à amortização.

Assim, as regras vigentes para esta última são o ponto de partida, como regra supletiva, que, por meio de uma série de remissões⁵⁶, se caracteriza por uma avaliação baseada na parte correspondente a uma hipotética liquidação da sociedade, à data da deliberação de exclusão. Este critério legal de avaliação de participações sociais é entendido como uma referência ao valor *real*, por oposição ao *nominal*⁵⁷, e será determinado por um revisor oficial de contas⁵⁸. A regra supletiva prescreve ainda o pagamento da contrapartida da exclusão em duas prestações, a efetuar dentro de seis meses e um ano, respetivamente, após a fixação do valor.

54 Exemplo dado por Coutinho ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 436.

55 V. arts. 232/5 e 234.

56 O art. 235/1 a) faz remissão para o art. 105/2, que por sua vez remete para o art. 1021 do CCiv., que faz nova remissão para o art. 1018 do mesmo Código.

57 “Tanto quanto possível”, conforme decidiu o STJ em ac. de 07.10.1997, in *CJ-STJ*, 1997, III, p. 52; v. DOMINGUES, Paulo de Tarso. Comentário ao art. 235. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011. v. III, p. 520.

58 O revisor será escolhido por mútuo acordo, ou, na sua falta, designado pela OROC, nos termos do art. 105/2 (aplicável por remissão — v. *supra*, nota 55).

No entanto, nos estatutos podem os sócios fazer uso da sua liberdade contratual para estipularem um critério de avaliação que efetivamente reduza⁵⁹ o montante devido em resultado da exclusão.

Quanto aos demais requisitos formais para uma exclusão por causa estatutária, o conhecimento⁶⁰ dos factos que fundam o direito de exclusão desencadeia um prazo de noventa dias para a adoção da deliberação de exclusão. Esta terá de ser subsequentemente comunicada ao sócio expulso (a não ser que tenha participado na assembleia geral que a tomou) e inscrita no registo comercial⁶¹.

Para lá da exclusão estatutária acima descrita, a lei societária portuguesa prevê no artigo 242 uma cláusula geral de exclusão *judicial* fundada em *justa causa*. Na sua base está um comportamento do sócio “desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade”. Muitos exemplos foram já indicados⁶², tais como o aproveitamento em benefício próprio de oportunidades desde negócios da sociedade, a frequente propositura de ações chicaneiras contra a sociedade, o uso em proveito próprio de património social, assédio sexual a trabalhadores da sociedade, atos de concorrência desleal contra a sociedade, *etc.*. No entanto, o carácter repreensível do comportamento não é suficiente para uma exclusão judicial: este terá, em acrésci-

59 Aparentemente aceitando tal redução, ALMEIDA, Abilio Pereira de. *Sociedades comerciais*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 374 e 393-394. Mais claramente (no contexto da amortização) em favor de uma ampla liberdade de estipulação, v. VENTURA, Raul. *Sociedades por quotas*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. v. I, p. 724, e ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 411. Contra, v. CUNHA, Carolina. A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas). In: *Problemas do Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 228 s.

60 Não é totalmente claro se o conhecimento relevante para este efeito é o do *gerente*, numa leitura literal da remissão para as regras da amortização (CUNHA, Carolina. Comentário ao art. 241. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011. v. III, p. 579), ou antes o de *sócio(s)* (ac. do STJ de 11.11.1997, in *CJ-STJ*, 1997, III, p. 126-127; aparentemente também neste sentido, ALMEIDA, Abilio Pereira de. Op. cit. p. 391).

61 V. art. 3/1 *d*) do CRCCom..

62 V. ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 435.

mo, que ter causado, ou poder vir a causar, “prejuízos relevantes” à sociedade (art. 242/1).

A lei impõe, como requisitos formais para esta exclusão, uma intervenção judicial que é precedida de uma deliberação dos sócios de propositura da ação de exclusão; também aqui, assim como na exclusão por causa estatutária, a exclusão deverá ser registrada⁶³.

Esta intervenção judicial é não apenas precedida, mas também seguida de nova deliberação social, agora definindo o destino a dar à participação social do sócio excluído. As opções são, de novo – e tal como para a exclusão de fonte estatutária –, a amortização ou a aquisição da quota pela sociedade, sócio ou terceiro; tal decisão deverá ser tomada dentro de trinta dias após o trânsito em julgado da sentença de exclusão.

Mais uma vez, no que toca à contrapartida devida pela perda da quota, as regras supletivamente aplicáveis são as da amortização; e o valor *real* da participação será calculado com referência à data da propositura da ação de exclusão. Mas a lei permite, expressamente, que os estatutos disponham diferentemente (art. 242/4), o que significa que neles se poderá prever um valor inferior ou um critério de avaliação menos favorável ao sócio, o que poderá ser qualificado como uma *cláusula penal*⁶⁴.

Finalmente, a lei confere aos sócios, em certas circunstâncias, um *direito de exoneração*, designadamente quando determinadas deliberações de maior importância são tomadas contra o seu voto: aumento de capital a subscrever total ou parcialmente por terceiros, mudança do objeto social, prorrogação da sociedade, transferência de sede para o estrangeiro, regresso à atividade da sociedade dissol-

63 V. art. 3/1 *i*) do CRCCom.

64 V. CUNHA, Carolina de. Comentário ao art. 241 e 242. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011. v. III, p. 577-578 e 587-588.

vida, ou ausência de deliberação de exclusão ou de promoção da exclusão judicial quando exista justa causa para o efeito (art. 240/1).

Formalmente, o procedimento começa com uma declaração escrita do sócio em que dá conta da sua intenção de se exonerar, nos noventa dias seguintes ao facto em que ela se fundamenta. Em seguida, os sócios deliberam a amortização ou a aquisição da quota pela sociedade, outro sócio ou terceiro. No que toca à avaliação da quota, a liberdade de estipulação tem agora feições bem diversas, por comparação com o que vimos acima: no caso de exoneração, a perda da quota não pode ter como contrapartida menos que o seu valor *real*; e não podem ser conferidos pelos estatutos aos sócios direitos de exoneração cujo exercício fique simplesmente à mercê da vontade arbitrária do sócio seu titular (art. 240/8).

VII. CONFLITOS ENTRE SÓCIOS

1. Abusos de maioria

(a) *Negócios entre SQ e partes relacionadas*

Nos negócios entre sociedade e sócio (maioritário), importa distinguir consoante o sócio é *gerente* ou *não*.

No primeiro caso, é aplicável por analogia, com algumas adaptações, o art. 397 do CSC, diretamente aplicável às sociedades anónimas⁶⁵.

Assim, sob pena de nulidade, é *proibido* à sociedade conceder empréstimos ou crédito a gerentes, efetuar pagamentos por conta de-

65 ABREU, J. M. Coutinho de. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 28, nota 46; ABREU, J. M. Coutinho de. *Negócios entre sociedade e partes relacionadas (administradores, sócios)*. *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, v. 9, p. 20, s., 2013; MARTINS, Alexandre Soveral. A aplicação do art. 397º CSC às sociedades por quotas. *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 557, s. Indicam-se aí também teses divergentes.

les, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhe adiantamentos de remunerações superiores a um mês (art. 397/1).

No pólo oposto estão os negócios *livremente celebráveis*: quando compreendidos no objeto típico da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente gerente (art. 397/5).

Entre os negócios absolutamente proibidos e os livremente celebráveis, os demais negócios entre SQ e gerente, para serem válidos, têm de ser *previamente autorizados por deliberação da gerência* ou, se esta for singular, *dos sócios*⁶⁶ e merecerem, se existir órgão de fiscalização, parecer favorável deste (cfr. o art. 397/2). Por conseguinte, se um sócio gerente compra à sociedade um bem por valor muito inferior ao do mercado, o negócio será nulo se tiverem sido omitidos aqueles procedimentos de controlo preventivo. Mas nulo será também se as citadas deliberações o tiverem autorizado. Uma deliberação que autorize um tal negócio é nula ou (porque abusiva) anulável. Não produzindo efeitos a deliberação nula ou anulada, falha um requisito essencial para a validade do negócio.

No caso de uma compra e venda celebrada entre a SQ e o *sócio maioritário não gerente* e que é manifestamente prejudicial para a sociedade, vários meios de reação são possíveis⁶⁷.

Se se prova que a compra e venda é afinal uma *doação mista* ou negócio misto com doação – as partes (a sociedade representada por gerente(s) e o sócio) sabem que o preço é inferior ao valor da coisa vendida, pretendendo com isso que o sócio seja beneficiado gratuitamente com a diferença de valores –, o negócio é *nulo*, podendo a nulidade ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado (sociedade, sócios, credores sociais). Com efeito, de acordo com o art. 6 do CSC, a capacidade jurídica das sociedades é em geral balizada pelo escopo lucrativo; por isso, os atos negociais gratuitos praticados por sociedade em benefício de algum sócio são em regra nulos.

⁶⁶ Em qualquer caso, o gerente sócio interessado está impedido de votar.

⁶⁷ V. ABREU, J. M. Coutinho de. Op. cit. p. 22, s., com mais indicações.

E se, apesar da declaração da nulidade, a sociedade sofrer danos, responderão civilmente para com ela, de modo solidário, além dos gerentes que intervieram no negócio (arts. 72, s.), também o sócio maioritário contraparte nesse negócio quando tenha determinado a atuação ilícita daqueles (art. 83/4)⁶⁸.

Se não se prova a doação mista, mas a compra e venda é *manifestamente prejudicial* para a sociedade, daqui se podendo concluir que os gerentes atuaram conscientemente em detrimento da sociedade e que o sócio maioritário conheceu ou devia ter conhecido (dado que o desequilíbrio negocial era evidente) a natureza daquela atuação, então, por aplicação analógica do art. 269 do Código Civil (abuso da representação), dir-se-á que o negócio é *ineficaz relativamente à sociedade*⁶⁹.

Se, por qualquer razão (lei, estatutos, iniciativa de sócio(s)), a referida compra e venda tiver sido autorizada por deliberação dos sócios, esta será inválida – mesmo que o sócio maioritário contraparte no negócio não tenha votado⁷⁰. Na verdade, ou é *nula* por violação da norma imperativa do nº 1 do citado art. 6 (art. 56/1 d)), ou é *anulável* porque abusiva nos termos do art. 58/1, b) ou a)⁷¹.

(b) Remuneração excessiva de gerente

A remuneração dos gerentes é *fixada por deliberação dos sócios* (art. 255/1 do CSC).

68 V. DIAS, Rui Pereira. *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas*: uma Análise de Direito Material e Direito de Conflitos. Coimbra: Almedina, 2007.

69 Sem possibilidade de ratificação válida do negócio pela assembleia geral – v. o que a seguir se diz em texto.

70 Ele estava impedido de votar por se encontrar em situação de conflito de interesse com a sociedade (art. 251/1 g) do CSC).

71 Ainda que a deliberação anulável não fosse anulada, ao ato de execução pelos gerentes seria aplicável a disciplina referida nos parágrafos anteriores.

Tem-se entendido na doutrina e na jurisprudência que o sócio gerente *pode votar* na deliberação que fixa a sua remuneração (o eventual conflito de interesses não releva aqui de modo a impedir o voto)⁷².

Atendendo às qualificações do gerente e à natureza das tarefas para que é designado, bem como à situação económico-financeira atual e previsível da sociedade, a remuneração pode aparecer *manifestamente excessiva logo no momento da fixação*. Verificando-se os requisitos da deliberação abusiva (ou de deliberação contrária ao princípio de atuação compatível com o interesse social), é então possível *anular a deliberação* – arts. 58/1, b) (ou a)) e 59. Anulada a deliberação, normal será que a sociedade (unilateralmente) delibere reduzir a remuneração antes fixada, mais precisamente delibere fixar *nova remuneração* (inferior). Mas é também possível *seguir a via traçada no n.º 2 do art. 255*: o tribunal, a requerimento de qualquer sócio, reduzirá, em processo de inquérito judicial, a remuneração gravemente desproporcionada ao trabalho a prestar pelo gerente e/ou à situação da sociedade. As duas vias são *alternativas*, a desenhada no art. 255/2 não apaga ou elimina a da ação anulatória⁷³.

Se não houver causa de anulabilidade da deliberação que fixa a remuneração ou, havendo, já tiver decorrido o prazo para argui-la – mantendo-se o (originário) caráter gravemente excessivo da remuneração –, ou se a (grave) desproporção entre a remuneração e as funções desempenhadas e/ou a situação económico-financeira da sociedade for *superveniente*, então a única via disponível é a do art. 255/2⁷⁴.

72 V. indicações em ABREU, J. M. Coutinho de. Comentário ao art. 246. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2012. v. IV, p. 70.

73 Neste sentido, VENTURA, Raul. *Sociedades por quotas*. Coimbra: Almedina, 1991. v. III, p. 71-72, ac. RP de 24.11.1997, *CJ*, 1997, V, p. 202; diferentemente, ac. do STJ de 24.04.1995, *BMJ* 446 (1995), p. 317.

74 Cfr. o ac. da RL de 22.02.2007, *CJ*, 2007, I, p. 116 (porém, a deliberação dos sócios que desrespeite o art. 255/2 será nula, não anulável – o acórdão decidiu-se pela anulabilidade).

(c) Retenção excessiva de lucros

Visando em boa medida a proteção dos sócios minoritários, dispõe o artigo 217/1 do CSC: “Salvo diferente cláusula contratual ou deliberação tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social em assembleia geral para o efeito convocada, não pode deixar de ser distribuído aos sócios metade do lucro do exercício que, nos termos desta lei, seja distribuível”.

Por conseguinte, verificando-se pelo balanço (aprovado) que existe lucro de exercício distribuível, se o estatuto social não dispuser diferentemente (quanto à medida da distribuição, ou quanto à maioria dos votos exigida para deliberar distribuição inferior à prevista na lei) e se os sócios não deliberarem, com a citada maioria qualificada, distribuir menos de metade⁷⁵, então *a sociedade fica obrigada a distribuir aos sócios metade do lucro de exercício*: os sócios têm direito a essa distribuição.

Ainda assim, já se vê que continua a ser possível a retenção excessiva de lucros. Ou porque um sócio ou grupo de sócios dispõe de três quartos ou mais dos votos, ou porque dispõe de maioria de votos inferior àquela fração mas suficiente, segundo cláusula estatutária derogatória da regra legal dispositiva, para fazer aprovar proposta de distribuição de menos de metade dos lucros.

Ilustremos com um caso que passou nos tribunais portugueses⁷⁶. Uma SQ vinha conseguindo lucros de exercício consideráveis; mas, por força dos votos dos sócios maioritários, também gerentes, eles não eram distribuídos pelos sócios há um quarto de século; eram retidos em reservas várias e, em parte, investidos na empresa; os sócios gerentes recebiam remunerações anualmente atualizadas e, a partir de certo ano, “gratificações” (de legalidade duvidosa) delibera-

75 Basta maioria simples para distribuição de mais de metade do lucro.

76 Acs. da RC de 06.03.1990 (CJ, 1990, II, p. 45) e de 02.07.1991 (CJ, 1991, IV, p. 89), ac.do STJ de 07.01.1993 CJ-ASTJ, 1993, I, p. 5).

das em assembleia; o sócio minoritário (com quota correspondente a 40% do capital social) nada recebia da sociedade.

Ora, em casos destes, não é difícil considerar *abusiva-anulável*, nos termos do art. 58/1 b), uma deliberação de retenção de lucros –é uma deliberação apropriada para satisfazer o propósito de o ou os sócios majoritários conseguirem vantagens especiais em prejuízo dos minoritários, ou conseguirem tão só prejudicar estes. Anulada a deliberação, cada sócio tem o direito de exigir, extrajudicial ou judicialmente, que a sociedade lhe entregue o respetivo quinhão na metade do lucro de exercício. E os sócios que votaram abusivamente podem ter de indemnizar os minoritários (art. 58/3)⁷⁷.

2. Abusos de minoria

Todos os sócios (ainda que em medida variável) têm deveres de lealdade para com a sociedade, isto é, deveres que impõem que cada sócio não atue de modo incompatível com o interesse social (aqui identificável como interesse comum a todos os sócios enquanto tais) ou com interesses de outros sócios relacionados com a sociedade⁷⁸.

Em geral, o dever de lealdade dos sócios é de *conteúdo negativo* (dever de omitir ou não fazer algo). Excepcionalmente, em especial no chamado campo dos “abusos de minoria”, tem frequentemente *conteúdo positivo*, traduzindo-se em *dever de voto positivo*.

Suponhamos que numa sociedade por quotas é proposto um aumento do capital por novas entradas em dinheiro. A deliberação, para ser válida, tem de ser tomada “por maioria de três quartos dos

77 Desenvolvidamente, ABREU, J. M. Coutinho de. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2010. v. I, p. 677, s.

78 Com desenvolvimentos, ABREU, J. M. Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*: das sociedades. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 2, p. 312, s.

votos correspondentes ao capital social ou por número ainda mais elevado de votos exigido pelo contrato de sociedade” (art. 265/1). Um ou mais sócios, com direito a 26% dos votos emissíveis, não participam na deliberação, ou abstêm-se na votação ou votam contra a proposta.

Com estes dados apenas, não podemos dizer que os sócios minoritários violaram o dever de lealdade perante a sociedade. Em geral, é lícita a recusa de apoio a uma proposta de aumento do capital. Interesses vários são atendíveis (e a exigência de maioria qualificada é também manifestação da tutela legal de legítimos interesses dos sócios minoritários).

Acrescentemos, porém, alguns dados mais. 1) O aumento do capital é *necessário* para que a sociedade sobreviva – *v.g.*, a sociedade passa conjunturalmente por graves dificuldades financeiras, para cuja superação é indispensável o aumento do capital. 2) O montante do aumento proposto é *adequado* à sobrevivência da sociedade – *v.g.*, é o suficiente para superar a crise financeira (não é de menos mas também não é de mais). Ora, nestas circunstâncias, havemos de concluir que o não apoio dos sócios minoritários à proposta de aumento do capital é abusivo, é contrário ao interesse social, é injustificável pelo simples interesse individual na manutenção das posições relativas dentro da sociedade (na eventualidade de os minoritários não poderem ou não quererem participar no aumento).

Quais as sanções para um tal abuso do direito⁷⁹?

Não haverá grandes dúvidas em defender-se que o sócio minoritário que impede abusivamente uma alteração estatutária pode ser obrigado a *indemnizar* a sociedade ou (quando ela não sobreviva) os sócios majoritários. Pode também ser *excluído* da sociedade (cfr. o art. 242). Ou ser *condenado judicialmente a votar a favor* da

79 V. ABREU, J. M. Coutinho de. *Abusos de minoria*: problemas do direito das sociedades. In: CONGRESSO em INSTITUTO DE DIREITO DAS EMPRESAS E DO TRABALHO, 2002. Anais. Coimbra: Almedina, 2002, p. 69-70.

proposta de alteração estatutária, quando isso seja ainda possível (cfr. o art. 817 do CCiv.) –*v.g.*, a sociedade subsiste e a alteração do contrato social pode ainda ser deliberada em próxima assembleia geral. Mas estas sanções revelar-se-ão muitas vezes insuficientes (a indemnização não compensa suficientemente os prejuízos ou não evita a dissolução da sociedade, a exclusão pode não ser possível por não existir já a sociedade ou não evita a dissolução, o sócio condenado a cumprir o seu dever de votar positivamente não cumpre, etc.).

Parece legítimo o recurso à “*execução específica*”.

Quando ainda seja possível tomar uma deliberação de aumento do capital (em segunda tentativa) pode o tribunal, a requerimento da sociedade, *determinar que os votos* (não emitidos pelo minoritário) *a favor da proposta sejam emitidos por outrem* – art. 828 do CCiv. (“prestação de facto fungível”). Os votos, embora sejam declarações de vontade, não devem ser considerados factos “infungíveis” – também podem ser emitidos por representantes voluntários do sócio (arts. 189/4, 249/5, 380/1) – e, para defesa do interesse social, hão de poder ser emitidos por alguém nomeado judicialmente.

Enão será de arredar a aplicação do art. 830/1 do CCiv. (interpretado extensivo-teleologicamente). Pode a sociedade “obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso” (do sócio que não emitiu os votos a favor da proposta), sendo depois computados os correspondentes votos.

Abrem-se então três hipóteses:

— Os “votos” (chamemos-lhes assim para facilitar a comunicação) resultantes do suprimento judicial juntam-se aos votos já emitidos pelos sócios maioritários e a (positiva) deliberação-negócio jurídico considera-se aprovada a partir do trânsito em julgado da sentença. O que supõe, já se vê, a substituição de uma deliberação negativa por uma outra positiva...

— Os “votos” resultantes do suprimento judicial juntam-se aos votos já emitidos pelos maioritários e (a pedido da sociedade) consi-

dera-se a deliberação positiva aprovada na data da deliberação negativa (o que supõe igualmente a referida substituição...).

— Os “votos” resultantes do suprimento judicial são depois da sentença computados em outra tomada de deliberação (unânime por escrito ou em assembleia).

3. Impasse

Em geral, a lei não lida expressamente com as situações de impasse (*deadlock*), não estabelecendo procedimentos ou salvaguardas gerais para preveni-lo ou resolvê-lo. Uma regra especial, porém, pode encontrar-se para a hipótese de haver *empate na votação* sobre aprovação de contas ou sobre atribuição de lucros (bem plausível, *v.g.*, em sociedades de casais entretanto desavindos em que cada cônjuge detenha metade do capital social): nesse caso, *qualquer sócio* poderá requerer judicialmente a convocação da assembleia, a que presidirá “uma pessoa idónea, estranha à sociedade, de preferência um revisor oficial de contas”, designada pelo juiz e a quem este “atribuirá o poder de desempatar, se voltar a verificar-se o empate” (art. 263/3)⁸⁰.

De todo o modo, outros instrumentos colocados ao dispor pela lei societária podem funcionar satisfatoriamente. Por exemplo, quando existe conduta ou série de condutas identificáveis como a origem ou causa do impasse, imputáveis ao sujeito enquanto *gerente* (e sabemos como é típica a coincidência pessoal entre *sócio* e *gerente*), tais condutas podem conduzir a inquérito judicial, com vista, designadamente, à apresentação das contas anuais em falta, à destituição por justa causa e/ou à nomeação judicial de novo gerente (v. arts. 216/2 e 292). Sendo o sujeito causador do impasse encarado na sua veste de

80 V. RODRIGUES, Ana Maria; DIAS, Rui Pereira. Comentário ao art. 263. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2012, v. III, p. 202-203.

sócio, ele poderá porventura ser judicialmente excluído por justa causa, nos termos acima descritos⁸¹, em face do seu “comportamento desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade” (art. 242). Pode ainda aceitar-se uma cláusula estatutária que elenque o comportamento causador do impasse como um dos eventos motivadores da exclusão (art. 241).

Ainda assim, a maioria dos casos será de difícil resolução, dada a dificuldade na identificação de um tal comportamento, ou pelo menos na sua plena e evidente imputação a um dos lados da barricada social entretanto erigida.

Perante tais circunstâncias, a *dissolução* poderá ser um instrumento adequado.

Com efeito, é lícita a introdução nos estatutos de causas de dissolução baseadas genericamente em “justa causa” ou “motivo justificado”, a materializar-se num comportamento gravoso do sócio com consequências prejudiciais para a organização e/ou o funcionamento da sociedade⁸².

Ademais, entre as causas legais de dissolução (e, portanto, mesmo na ausência de cláusulas estatutárias de dissolução), existe apoio na jurisprudência e na doutrina para uma leitura do art. 142/1 b) – “*A actividade que constitui o objecto contratual se torne de facto impossível*” – que nele veja abrangidas razões *intrassocietárias*, tais como diferendos inultrapassáveis que conduzam a uma disfuncionalidade ou paralisia social permanente e definitiva⁸³.

81 V. *supra*, VI.

82 V. VENTURA, Raúl. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 180 s.; COSTA, Ricardo. Comentário ao art. 142. In: ABREU, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2011. v. II, p. 584.

83 V. COSTA, Ricardo. Op. cit. p. 588 s., com mais referências (a favor e contra), *maxime* p. 589, nota 36.

Dentro deste quadro normativo – em que causas estatutárias de exclusão e de dissolução por justa causa são validamente estipuláveis, e em que a disfuncionalidade ou paralisia intrassocietária pode ser fundamento legal de dissolução –, é suscetível de ser admitida a validade de um esquema de compra ou de venda de quota previamente desenhado para situações de impasse, ainda que não expressamente regulado na lei, no pressuposto de que os eventos desencadeadores do impasse (*deadlock*) estejam detalhados ou caracterizados com o cuidado devido.

4. Resolução alternativa de litígios

A arbitragem societária vem crescendo em importância prática. A aprovação de uma nova lei de arbitragem voluntária⁸⁴, em vigor desde inícios de 2012, procurou introduzir melhoramentos em face da lei anterior, dos anos 1980, designadamente ao expandir a arbitrabilidade⁸⁵ de um modo bastante favorável à certeza jurídica no que toca à questão de saber se são arbitráveis alguns dos principais litígios societários (impugnação de deliberações; responsabilidade dos administradores), ademais regulando aspetos importantes como os que dizem respeito à pluralidade de partes.

Subsistem, não obstante, algumas sombras sobre a arbitragem como meio de resolução de litígios societários: questões como o efeito de caso julgado perante sócios não intervenientes no processo arbitral não são resolvidas pela lei, como deveriam, ainda que tenham já sido feitas sugestões razoáveis, em linha com alguma experiência alemã, no sentido de serem redigidas convenções de arbitragem mui-

84 Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro.

85 Agora, em termos similares (entre outras) aos da lei alemã, o critério da arbitrabilidade é o da *natureza patrimonial dos interesses* a que respeita o litígio, sendo ainda válida a convenção de arbitragem quando, mesmo não sendo dessa natureza os interesses, “as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido”: art. 1/1 e 2 da Lei nº 63/2011.

to detalhadas em ordem a prevenir a possibilidade de sócios (ou outros interessados) virem a impugnar sentenças arbitrais em matéria societária que resultem de processos em que não puderam tomar parte⁸⁶.

No que respeita a outros meios de resolução alternativa de litígios, a recente aprovação de uma nova lei de mediação⁸⁷, muito embora aí se não encontrem particularidades para o contexto jurídico-societário, merece uma breve alusão, para sublinhar-se o facto de que a “mediação civil e comercial” está hoje expressamente regulada⁸⁸— uma novidade que poderá, eventualmente, potenciar a inclusão de cláusulas de mediação nos estatutos ou em outros acordos ligados à sociedade.

86 Em *plaidoyer* por uma intervenção legislativa clarificadora (tal como ocorreu em Itália e, mais recentemente, em Espanha) e avançando uma proposta legislativa, v. DIAS, Rui Pereira. *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 291 s., DIAS, Rui Pereira. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, nº 37, p. 457 s., abr.jun.2013. Para uma sugestão acerca do possível conteúdo de uma cláusula compromissória pormenorizada, v. CAMELO, António Sampaio. Arbitragem de litígios societários. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Coimbra, v. IV, p. 62 s., 2011.

87 Lei nº 29/2013, de 19 de abril.

88 Em conformidade com a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

EL CONTRATO DE CASH POOLING¹

CASH POOLING CONTRACT

Mónica Fuentes Naharro

Resumen: Este artículo pretende dar una visión general del instituto del *cash pooling* en grupos de empresas, con su definición, los componentes, los requisitos, la formación y las categorías, para diferenciar el *cash pooling* de figuras afines, como el *netting*. Luego, trata de presentar y analizar el tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial – o su ausencia – en los países europeos y en particular en España, por medio de la comparación de experiencias y puntos sensibles al ordenamiento jurídico de los países estudiados, con atención al modelo alemán. Sobre esta base, este estudio señala directrices para la adopción del *cash pooling* en España, teniendo en cuenta las normas pertinentes a la disciplina de las empresas en el país y los posibles conflictos entre ellas y el instituto.

Palabras Clave: Contrato de Cash Pooling. Análisis, implicaciones y repercusiones jurídicas.

Abstract: This article aims to provide an overview of cash pooling in groups of companies, presenting its definition, components, requirements, formation and categories, in order to distinguish it from related institutes, such as netting. Then, it presents and analyzes the

¹ Artigo recebido em 06.03.2015 e aceito em 26.10.2015.

legal, doctrinal and jurisprudential treatment – or lack thereof – in European countries and, in particular, in Spain, by means of comparison between experiences and key points within the legal system of the countries studied, with special attention to the German model. On this basis, this study points out guidelines for the adoption of cash pooling in Spain, taking into account the relevant corporate and business legislation in such country and possible conflicts between those laws and the institute.

Keywords: Cash Pooling Contract. Legal analysis, implications and repercussion.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto y clases. III. Función Económica. IV. Distinción de figuras afines: el netting. V. Naturaleza jurídica. VI. Elementos subjetivos. VII. Elementos formales. VIII. Contenido básico (obligaciones de las partes). IX. Implicaciones de derecho societario y concursal. 1. Planteamiento de la problemática. 2. Repercusión del cash pooling en la doctrina del capital. 2.1. Planteamiento de la problemática. 2.2. Presupuestos de compatibilidad del cash pooling con la doctrina del capital: la experiencia alemana. 2.3. Reflexiones adicionales sobre la compatibilidad del cash pooling con nuestra doctrina del capital. 3. Implicaciones de derecho concursal. 3.1. Planteamiento y tratamiento de la problemática en el derecho comparado. 3.2. Determinación del “saldo” acreedor y subordinación. 3.3. Rescindibilidad de los flujos de liquidez ex art. 71.3º LC. 3.3.1. Flujos rescindibles en virtud de la presunción de perjuicio del art. 71.3 LC. 3.3.2. La enervación de la presunción del perjuicio patrimonial: su significado en el ámbito de los grupos. 3.3.3. Una reflexión final acerca de la potencial calificación de las operaciones de cash pooling como “acto ordinario”. 4. Manifestaciones patológicas del cash pooling. 4.1. Planteamiento. 4.2. Medidas frente a su uso patológico.

I. INTRODUCCIÓN.

El *cash pooling* es un sistema de gestión centralizada de la tesorería (*cash management*) que suele adoptarse en los grupos de so-

ciedades. Ello les permite llevar una estrategia financiera que, además de común y coordinada, proporciona grandes ventajas a nivel organizativo y un importantísimo ahorro de costes de financiación externa. También su uso está extendido en aquellos casos de una única sociedad con delegaciones o centros de trabajo geográficamente dispersos², si bien, en tanto la problemática jurídica del *cash pooling* se plantea con ocasión de la centralización de la liquidez de diversas sociedades (denominadas, “participantes”) con personalidades jurídicas diferenciadas en una sola de ellas (sociedad gestora o *pooler*), nos centraremos en analizar este fenómeno en el específico ámbito subjetivo de los grupos de sociedades.

A esta precisión del ámbito subjetivo en que se centra el estudio, cabe añadir dos consideraciones adicionales previas: En primer lugar, es preciso subrayar que, desde la perspectiva de regulación del mercado bancario en la Unión Europea, la tarea de financiación del grupo que desempeña la sociedad *pooler* gracias a la liquidez recibida de las sociedades participantes en el *pool* no se considera desarrollo o consecución de un negocio bancario por parte de esa sociedad y, por tanto, no requiere la correspondiente autorización³. En segundo lugar, el ordenamiento mercantil español comparte con los de nuestro entorno la falta de regulación del contrato de *cash pooling*⁴. Desafortunadamente, esta falta de regulación positiva tampoco se ha visto cubierta por doctrina jurisprudencial o científica que proporcione una aproximación a la construcción y problemática jurídico-mer-

2 ORTEGA VERDUGO, F.J. Modelo para implantar una tesorería centralizada en un grupo empresarial. *Estrategia financiera*. Núm. 219, jul./ago. 2005, p. 24.

3 Exigida para las entidades de crédito —antes por la DIR 2006/48/EC- desde el 1.1.2014 por la DIR 2013/36/UE): MÄNTYSAARI, P. *The law of corporate finance: general principles and EU law*. Berlín: Springer, 2010, vol. III, p. 72. En el mismo sentido: ALARCÓN, L.; PARDO, B.; PINE-DA, F. Spain. *Cash Pooling and Insolvency*. London:Globe Law and Business, 2012, p. 391.

4 Esta falta de tipificación legal de la figura contrasta con la atención – relativa – que ha recibido por parte de dos ámbitos concretos de nuestro ordenamiento: el fiscal y el laboral, donde el no siempre análogo concepto de “caja única” resulta relevante a efectos de imposición de responsabilidades intra-grupo frente a los trabajadores (v. *infra*. IX. 4).

cantil de la figura⁵. Ello destaca vivamente con el interés que los sistemas de *cash pooling* han despertado en otros países muy cercanos al nuestro, como puede ser el caso de Francia, Italia y Alemania, cuya doctrina y jurisprudencia (especialmente en estos dos últimos) viene estudiando desde hace ya tiempo las dificultades de encaje que estos sistemas tienen en sus respectivos ordenamientos societarios y concursales. Nos valdremos de sus valiosos esfuerzos – con las reservas que necesariamente imponen las diferencias de ordenamiento – para afrontar la elaboración de este trabajo.

II. CONCEPTO Y CLASES.

A falta de una tipificación legal o jurisprudencial del contrato de *cash pooling*, éste ha sido definido desde una aproximación económica o funcional como un acuerdo entre todas (o varias) sociedades de un mismo grupo que tiene por objeto la gestión de una cuenta corriente bancaria centralizada (*pool* o *master account*) por parte de una de ellas (sociedad *pooler*) en la cual se “vierten” con carácter periódico – normalmente diario – los saldos activos y pasivos de las cuentas corrientes bancarias (periféricas) de las diversas sociedades que componen ese grupo. Se produce así un conjunto de préstamos automáticos intercompañías que se realizan día a día con el fin de optimizar la posición global del grupo, consiguiendo de esta manera un solo saldo por cada banco con el que se opere⁶. La gestión de

5 El estudio de este contrato ha sido prácticamente ignorado tanto por parte de nuestra doctrina científica como jurisprudencial. Los únicos trabajos meramente aproximativos que hemos encontrado son: MARTÍN, J. L. Spain. En: AA.VV. *International Cash Pooling*. Ed:J. Jansen. Alemania: Sellier, 2011, p. 275 y ss.; ALARCÓN; PARDO; PINEDA, op. cit., p. 391 y ss.

6 ORTEGA VERDUGO, op. cit., p. 26. Esta noción parece también acogida por nuestro Departamento de Hacienda y Finanzas en su resolución de 8 de octubre de 2009 (JT 2009/1316) en relación con la consulta que le hace una *holding*: “En el desarrollo de las actividades que le son propias como sociedad *holding* (de gestión, dirección general y coordinación de las filiales), la consultante actúa como gestor de un contrato a través del cual se centraliza la tesorería del subgrupo que encabeza (“cash pooling”). Con este contrato se pretende, básicamente, redistribuir de forma eficiente la tesorería de las diferentes sociedades de dicho subgru-

aquella cuenta centralizada suele recaer en la sociedad matriz⁷, hipótesis desde la que partiremos de ahora en adelante en nuestro estudio, si bien tampoco es infrecuente el supuesto de que, dentro del grupo, se designe a otra sociedad específicamente para llevar a cabo esa tarea.

Aunque existe en la práctica una gran heterogeneidad de contratos de gestión centralizada de la tesorería que pueden ser reconducidos a la categoría de *cash pooling*, con carácter general se suele distinguir entre dos clases o modalidades operativas:

Por un lado, encontramos el denominado *notional* o *virtual-cash pooling*, en el que no se produce una transferencia material de los fondos de las cuentas periféricas a la cuenta centralizada, sino meros apuntes contables (habitualmente acompañados de garantías sobre la cobertura del desbalance)⁸. El funcionamiento de esta técnica se basa en la compensación regular, mediante suma algebraica, de todos los saldos de las cuentas abiertas en un grupo de sociedades. El saldo que resulta se viene a centralizar en una única “estancia virtual” para determinar la posición de caja neta del grupo que resulta al final – habitualmente – de cada día laborable. El paso sucesivo es el de calcular los intereses activos y pasivos relativos a la posición neta, obviándose así las singulares posiciones descentralizadas⁹. Se trata de una técnica implantada especialmente en el mundo anglosajón y que tiene como principal ventaja la racionalización de las relaciones del conjunto del grupo con el sistema bancario¹⁰.

po. Así, mediante la ayuda de una entidad financiera, se centraliza la gestión de los excesos y las necesidades de tesorería de las entidades del subgrupo, y se redistribuyen los fondos existentes, en función de cuál sea la situación y las necesidades de cada una de ellas”.

7 RUGGERI, L. Brevi note circa il cash pooling. *Il Caso. it.* 2011, p. 2 (también en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2011, núm. 3, I, p. 206 y ss).

8 MÄNTYSAARI, op. cit., p. 70, habla en este caso de la creación de una cuenta “ficticia”.

9 DACCÒ, A. *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*. Giuffrè, 2002, p. 34, nota 19.

10 MIOLA, M. Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale. En: AA.VV. *Studi in onore di Giovanni E. Colombo*. Torino: 2011, p. 41.

Por otro lado se encuentra el *cash pooling* llamado “*zero balance system*” o “*zero assets*” que sí comporta una transferencia efectiva de fondos de los excedentes de cada una de las cuentas periféricas a la centralizada; en el seno de este sistema, en función de las obligaciones a las que diariamente tienen que hacer frente las entidades participantes, la sociedad *pooler* que gestiona la caja común procederá a realizar las transferencias correspondientes a fin de cubrir sus déficits de tesorería¹¹. Ello significa que las cuentas de todas las entidades del grupo que participen en el sistema quedarán con un saldo “cero” al final de cada día laborable en que se realicen esos “barridos” de efectivo¹², y a su vez la cuenta centralizada mostrará un saldo significativo – activo o pasivo – que dará lugar a intereses acreedores o deudores que deberán liquidarse al final del período contable acordado por la *pooler* con la entidad crediticia correspondiente (trimestral, semestral o anualmente)¹³. Con la adopción de este sistema, la cuenta corriente que maneja la sociedad *pooler* desarrolla un papel protagonista en las necesidades de financiación de las distintas sociedades, comportándose también con ello la centralización en esa sociedad de toda la tesorería como una suerte de línea de crédito a disposición de todos los miembros del grupo¹⁴.

III. FUNCIÓN ECONÓMICA.

La desatención antes denunciada por parte de nuestro legislador, doctrina y jurisprudencia hacia el fenómeno del *cash pooling*

11 RUGGERI, op. cit., p. 206 y ss.

12 VETTER, J.; SCHWANDTNER, C. Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG). *German Law Journal*. Vol. 9, núm. 9, p. 1156; ORTEGA VERDUGO, op. cit., p. 26.

13 DACCÒ, op. cit., p. 34; BENCIVENGA, F.; FLORI, L. G. Il contratto di cash pooling. *Il foro Toscano*, 2/2007, p. 251; TREVISAN, T. Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1). En: “<http://www.fiscooggi.it/print/10034>”.

14 MIOLA, op.cit., p. 41.

contrasta con la habitualidad con que los grupos de sociedades adoptan en la práctica estos sistemas. Ello se explica porque la función que desempeñan es muy ventajosa en estructuras empresariales tan complejas como los grupos, ya que les permite optimizar las reservas de liquidez y reducir el endeudamiento externo (entendido éste como fuera del grupo), proporcionándoles así un claro ahorro de costes financieros¹⁵.

Como ya apuntábamos antes, con la adopción de este específico sistema de gestión centralizada de la tesorería se adopta un modelo organizativo que consiente llevar a cabo una afluencia de recursos a cada una de las entidades que lo componen de una forma mucho más eficaz y con un ahorro de costes determinante respecto al que resultaría de una sociedad individualmente considerada. Con esta centralización de los recursos financieros la sociedad *pooler* se encuentra en situación de gestionar de forma mucho más óptima los flujos de liquidez provenientes de las distintas sociedades del grupo, concediendo financiación *ad hoc* (a intereses convenientes¹⁶) a las otras sociedades del mismo grupo. Además, el *cash pooling* elimina el riesgo de tener en el ámbito del grupo alguna cuenta corriente en descubierto y otras, a su vez, con exceso de liquidez, con el consiguiente agravio que ello comportaría en términos financieros netos. De este modo, un único sujeto, la sociedad *pooler*, cubrirá las necesidades operativas corrientes de todas las sociedades del grupo participantes en el *pool* y solo será necesario recurrir a la financiación bancaria en aquella cantidad que el recurso a la liquidez interna en el grupo no haya permitido cubrir. Además, estos sistemas se caracterizan porque es la *pooler*, en su condición de gestora de la tesorería global del grupo, la única competente para decidir cómo emplear la liquidez con que se cuenta y para negociar con terceros (la banca) las

15 DACCÒ, op. cit., p. 43 y ss.

16 V. *infra*. IX. 2.3 sobre la problemática jurídico-societaria asociada a esta cuestión.

necesidades de liquidez del grupo¹⁷. Esta atribución del poder de negociación con el sector bancario a la *pooler* es del todo lógica si atendemos a que, precisamente, la centralización de toda la tesorería del grupo en “su” cuenta (*pool account*), le otorga un mayor poder de negociación contractual frente a la banca¹⁸.

Todo ello ha convertido al *cash pooling* en un negocio jurídico de creciente difusión en el ámbito de los grupos de sociedades. Las ventajas que a nivel organizativo y de articulación de una política financiera común aporta para el interés del conjunto del grupo resultan claras, y por ello se ha afirmado acertadamente que el recurso a este sistema “es la expresión de una exigencia de racionalización y de organización de la actividad de la empresa en los grupos de sociedades – centrado en el aspecto específico de los movimientos de caja – con el objetivo de lograr una gestión equilibrada de la liquidez de que se dispone en el conjunto del grupo”¹⁹. Creemos así que, en definitiva, el *cash pooling* representa una expresión más – un grado más, si se quiere, en términos de centralización – del ejercicio de la dirección unitaria en el grupo de sociedades en su faceta de política financiera²⁰.

IV. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: EL NETTING.

En los grupos de sociedades se producen con carácter regular operaciones entre sus miembros (operaciones vinculadas). En consecuencia, toda sociedad tiene un flujo notable de débitos y créditos

17 DACCÒ, op. cit., en especial, pp. 35 a 38.

18 DACCÒ, op. cit., p. 47.

19 MIOLA, op.cit., p. 36 y ss.

20 V. nuestro trabajo: *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Civitas, 2007, p. 113 yss., donde se destaca como parte del contenido mínimo de la dirección unitaria la política financiera común de las sociedades del grupo.

frente a las otras. En tales casos es habitual que una de las sociedades del grupo quede encargada de proporcionar la armonización de esas relaciones acreedoras y deudoras entre sus miembros, contribuyendo de manera sustancial a la racionalización de la circulación de dinero entre todas ellas²¹. Se trata, en definitiva, de compensar los flujos financieros conexos a la actividad mantenida entre las sociedades del grupo. Esta práctica, conocida como *netting* (compensación), se ha definido como (art. 2.k Directiva 98/26/CE): “la conversión en un derecho de crédito neto o una obligación neta de los créditos y obligaciones resultantes de órdenes de transferencia que uno o varios participantes emitan a otro u otros participantes o reciban de otro u otros participantes, de modo que sólo pueda exigirse un único crédito neto o deberse una única obligación neta”.

Como se ha señalado, esta figura es distinta del *cash pooling-zero assets*²². El contenido del *netting*, en sentido estricto, consiste únicamente en la tarea de compensación de créditos y deudas recíprocas entre las distintas sociedades del grupo, labor a cargo normalmente de la matriz, aunque también puede efectuarse por un tercer sujeto (un banco externo al grupo)²³. Conforme a este contrato, las sociedades que participan en el *netting* comunican a la sociedad encargada con un tiempo de antelación ya prefijado, las partidas que tienen que regularizar frente a las otras sociedades del grupo. La sociedad encargada, cuando llega el vencimiento de las operaciones procede al cálculo de las distintas posiciones acreedoras o deudoras de las sociedades en cuestión y procede al pago del desbalance (esta operativa se denomina *netting multilateral*)²⁴. Con este mecanismo los flujos de pagos se ven reducidos y sólo las cantidades netas adeu-

21 DACCÒ, op. cit., p. 41.

22 DACCÒ, op. cit., p. 141 y ss., en especial, 170 y ss.

23 Sobre este fenómeno: VEHLEN, E. Sonstige Massnahmen der Konzern-Finanzierung. Das Cash-Management im Konzern. En: AA.VV. *Handbuch der Konzernfinanzierung*. Dirs: Lutter/Scheffer/Schneider. Köln: O. Schmidt, 1998, p. 761.

24 V. con más detalle DACCÒ, op. cit., p. 41 y ss.

dadas (esto es, el saldo resultante tras la compensación) son las pagadas por cada participante en el sistema. Ello evita, lógicamente, esfuerzos de financiación que ya no resultan necesarios gracias a la compensación de las posiciones cruzadas entre los miembros del grupo. El *netting* representa así otra forma de *cash management* de los grupos de sociedades que puede ir o no asociada al *cash pooling*.

Las ventajas del *netting* son fácilmente apreciables. Aunque se trata de una técnica compleja en su operativa, permite generar con continuidad un flujo detallado y actualizado de las informaciones sobre operaciones entre las diversas sociedades del grupo, y sobre sus respectivas posiciones financieras. Ello es esencial porque permite a la *pooler* recabar todos los datos e informaciones relevantes, dentro de los plazos prefijados, y efectuar los cálculos y las valoraciones técnico-operativas necesarias para construir la matriz (la “red”) de créditos y deudas.

Dicho esto, lo habitual será que todo sistema de *cash pooling*, en tanto pretende una mejor y más eficiente gestión de la liquidez y de la financiación intragrupo, conlleve también un *netting* entre las deudas y créditos nacidos en virtud de las operaciones vinculadas que se producen en su seno. En caso de combinación o coexistencia de ambos sistemas, parece lógico que la labor de “compensación” recaiga también sobre la sociedad *pooler*. De hecho, la problemática jurídica del *netting* es en buena parte similar a la que plantean los flujos ascendentes y descendentes de liquidez que conlleva el *cash pooling zero assets*. Nos referimos especialmente a la problemática que plantea en el concurso la compensación de créditos que su natural funcionamiento conlleva y los posibles efectos retroactivos que sobre estas operaciones pueda tener la apertura de un procedimiento concursal²⁵. Esta cuestión será abordada en nuestro trabajo, si bien, refiriéndonos específicamente a los flujos de liquidez (y su compensación) en el ámbito del *cash pooling* (*vid. infra. IX.3*), problemática en la que hemos de centrarnos.

25 MÄNTYSAARI, *op. cit.*, p. 78.

V. NATURALEZA JURÍDICA.

Las dificultades en torno a la determinación de la naturaleza jurídica del *cash pooling* han sido constatadas por todos los autores que se han aproximado a esta tarea²⁶. Los resultados no son ni mucho menos unánimes, pero sí puede advertirse una posición común en torno a las dos siguientes afirmaciones: se trata de un contrato *atípico*, en tanto no se halla regulado positivamente y resulta inadecuada su reconducción a una sola categoría contractual típica²⁷. Asimismo, se dice que su naturaleza jurídica es *mixta*, ya que la complejidad y heterogeneidad de las distintas relaciones jurídicas que en él confluyen permiten afirmar que se halla conformado por diversos elementos de contratos sí tipificados, esencialmente, por elementos del contrato de cuenta corriente mercantil y del contrato de préstamo²⁸, a los que habría que unir la concurrencia de un mandato (más correctamente, comisión mercantil) por parte de cada una de las sociedades participantes en el *pool* a la sociedad *pooler* de que gestione la tesorería de todo el grupo.

Algunos autores, para excluir la naturaleza crediticia de los flujos financieros en el ámbito del *cash pooling* han afirmado que aquellos no encuentran su fundamento en líneas de crédito en sentido propio, tratándose únicamente de inyecciones de liquidez que tienen su causa en la organización propia de los grupos, sin que exista un plazo determinado para su disfrute –elemento propio de la *causa credendi*– por estar la operación destinada a cubrir necesidades in-

26 Expresamente: VIANDIER, A. Les opérations à l'intérieur du groupe. En: AA.VV. *I gruppi di società, Atti del Convegno di Venezia, 16-18 novembre 1995*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 2340.

27 COLOMBI, S. *La holding e il gruppo di imprese*. Maggioli ed., 2011, p. 255

28 Le atribuyen la calificación de contrato “mixto” de cuenta corriente mercantil (art. 1823 CCD) y contrato de financiación, entre otros: DACCÒ, op. cit., p. 122 y ss; CALABRESE, P. Profili civilistici e fiscali del cash pooling. En: *Fisco Oggi*, 2003; OCCARI, D. Aspetti civilistici e fiscali del contratto di cash pooling. *Il fisco*, 2002, 35, p. 5618; BENCIVENGA/FLORI, op. cit., p. 254; CORSINI, L. La tesorería centralizada (cosidetto cash pooling). *Il Fisco*, n° 9/2004; NESSI, M. L'accordo di cash pooling nei gruppi societari. *Il Fisco*, n° 47/2000.

mediatas y transitorias, lo que se traduce en que desde el momento mismo de su entrega devengan líquidos y exigibles²⁹. Sin embargo estas posiciones no han recibido un respaldo doctrinal claro, y si bien podrían tener predicamento respecto de la versión “nocial” o “ficticia” del *cash pooling*, se dice que carecen de solidez cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica del sistema *zero assets*. Es claramente mayoritaria la posición que entiende que la transferencia del saldo activo de las cuentas periféricas a la centralizada representa el nacimiento para las filiales un derecho de crédito; y por el contrario, la liquidación (o cobertura) del saldo pasivo de las cuentas periféricas constituye un negocio de préstamo de la *pooler* hacia las filiales, en tanto supone poner a su disposición los recursos financieros de las sociedades del grupo³⁰. Ahora bien, como decíamos, sí existe unanimidad en afirmar que el contrato de préstamo no explica por sí solo de forma unitaria el contrato de *cash pooling*.

29 Advirtiendo que la función crediticia no se realiza en sentido propio en tanto en cuanto cualquier flujo de liquidez de la *pooler* hacia una participante en el seno del sistema se considera líquido y exigible, quedando inmediatamente inscrito en la cuenta corriente mercantil donde opera una compensación con las deudas que la propia *pooler* presenta frente a esa misma sociedad: DACCÒ, op. cit., p. 136, si bien, luego admite, en términos generales, que la naturaleza mixta del contrato participa también de elementos del contrato de préstamo. También en términos dubitativos: HOMMELHOFF, P. Eigenkapital-Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen. *WM*, 1984, p. 1106.

30 V. MIOLA, op. cit., p. 42; CAHN, A. *Kapitalerbaltung im Konzern*. Köln: 1998, p. 280; ALTMEPPEN, H. Cash Pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag. *NZG*, núm. 10, 2010, p. 361 y ss, p. 362. Y en: Cash Pooling und Kapitalerhaltung im faktischen Konzern. *NZG*, núm. 11, 2010, p. 401 y ss., con múltiples referencias a la doctrina comparada, especialmente alemana. Esta idea parece respaldada en nuestro país, cuando menos, desde la perspectiva financiera y fiscal: “los traspasos positivos y/o negativos realizados hacia la sociedad *pooler* tienen la consideración de préstamos entre sociedades. Si el saldo barrido es positivo, se considera un préstamo de la filial a la matriz (*upstream loan*), mientras que un traspaso negativo a la *pooler* se considera un préstamo de la matriz a la filial (*downstream loan*)”: ORTEGA VERDUGO, op. cit., p. 26. En consecuencia las operaciones realizadas entre sociedades de ese grupo se consideran operaciones vinculadas a efectos fiscales (*ibídem.* p. 27; v. *infra.* X). Esta función financiadora ya ha sido acogida en el ámbito fiscal español (v. *supra.* nota 5). También en Italia (como señala RUGGERI, op. cit., p. 5) la función de financiación ha sido confirmada por la propia Corte de Casación italiana (en el ámbito fiscal) de 23 de jun. de 2009.

Tampoco se ha podido encontrar su causa unitaria en la cuenta corriente mercantil; y aunque es mayoritaria la postura que defiende la preponderancia de los elementos propios de dicho contrato, en tanto las partes se avienen a la liquidación de las recíprocas partidas (originadas por los flujos ascendentes y descendentes de liquidez) en el activo y pasivo de la cuenta en el plazo prefijado (normalmente al final de cada jornada)³¹ y se procede – como se suele decir – “por diferencias”, esto es, a través de una *compensación global* de todas las anotaciones activas y pasivas³², también es mayoritaria la opinión de que la cuenta corriente mercantil no puede ser la única causa explicativa de la relación de *cash pooling*³³. Esta conclusión parece acertada, ya que la causa propia de la cuenta corriente mercantil consiste

31 “Al término de cada día se procede al cálculo del saldo (activo o pasivo) a través de una compensación progresiva entre las recíprocas posiciones acreedoras”: DACCÒ, op. cit., p. 117. Aunque el carácter de este trabajo no nos permite abordar esta cuestión como mereciera, baste apuntar aquí que, precisamente, la mecánica de compensación (diaria) de flujos propia del *cash pool* ha sido destacada como un obstáculo para proceder a una total identificación de la compensación que se produce en el *pool* con la propia de la cuenta corriente mercantil; se dice que la “no progresividad” de la compensación impediría tal identificación (*ibídem*, p. 116 y ss., quien, no obstante, admite que la postura en contra de la “progresividad” de la compensación no es unánime en Italia y a lo largo de toda su obra reconduce el *cash pooling* al contrato de cuenta corriente). Sin embargo, para parte de nuestra doctrina y jurisprudencia la “progresividad” de la cuenta corriente mercantil es, precisamente, un elemento caracterizador del contrato (TRUJILLO DÍEZ, I.J. *Los efectos del concurso sobre el contrato de cuenta corriente*. Civitas, 2003, p. 39, citando algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo; NART, I. El contrato de cuenta corriente. RDM, núm. 17-18, 1948, p. 160). La postura que se adopte en torno a esta cuestión tiene importancia en caso de concurso de una de las partes (*v. infra* IX). Nosotros entendemos, compartiendo el parecer mayoritario, que aquél razonamiento no impide calificar el “mecanismo jurídico” del que se valen las partes para anotar, facilitar y liquidar sus créditos recíprocos como una cuenta corriente mercantil o, cuando menos, como una figura análoga. La particularidad del *cash pooling* vendría dada porque la compensación (caso de no acogerse la “progresividad”) y exigibilidad de los créditos propios del cierre de la cuenta se produce con carácter diario (o, en su caso, otro que las partes hayan determinado).

32 DACCÒ, op. cit., p. 115; BALDAZZI, M.; CRISCI, M. Gli accordi di cash pooling nell' ambito dei gruppi societari. En: *Diritto e pratica della società*, núm. 13, 1999, p. 12 y ss.

33 V. la discusión sobre la naturaleza jurídica del *cash pooling* y, en especial, sobre su calificación como contrato de cuenta corriente mercantil en DACCÒ, op. cit., p. 87 y ss., p. 113 y ss.

en “la simplificación de la liquidación de la relación comercial”³⁴, lo que la convierte en un “mecanismo jurídico, no meramente contable, destinado a esa simplificación de la liquidación de la pluralidad de las prestaciones entre las partes de las que nacen créditos y deudas recíprocos”³⁵. De este modo, el contrato de cuenta corriente actúa de “negocio de ejecución” al objeto de permitir la extinción simplificada de los créditos derivados de la relación comercial³⁶ (en este caso, de los flujos ascendentes y descendentes de liquidez entre las partes)³⁷. Sin embargo, el *cash pooling* es algo más que un mecanismo jurídico de “simplificación” de la liquidación de los créditos recíprocos que las partes se otorgan de forma cotidiana. Es cierto que en su virtud se produce, con la periodicidad convenida una compensación convencional entre los créditos y deudas interpartes – esto es, entre los flujos de liquidez ascendentes (*upstream*) y descendentes (*downstream*) –; pero ello por sí solo, ni siquiera en convivencia con la causa de financiación de la que también participa el sistema, explican convenientemente su causa unitaria.

El fundamento causal del negocio no es, como ocurre en los simples contratos de cuenta corriente mercantil, la gestión de relaciones que puedan surgir entre las partes en virtud de otros actos jurídicos, facilitando y garantizando los respectivos pagos, sino *la gestión de la tesorería del grupo según la modalidad decompensar, aunque*

34 EIZAGUIRRE, J.M. La cuenta corriente en el concurso. En: AA.VV. *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal (Libro homenaje a R. García Villaverde)*. Marcial Pons, 2003, p. 1817

35 V. ult. cita. También BERMEJO, N. Comentario al art. 58 LC. Dirs: Rojo/Beltrán. *Comentario a la Ley Concursal*. Civitas, 2004, p. 1091.

36 EIZAGUIRRE, op. cit., p. 1817. De hecho, algunas decisiones de la agencia tributaria italiana en relación con el *cash pooling* han acogido expresamente la tesis del contrato de cuenta corriente ordinario como determinante de la naturaleza jurídica del fenómeno (RUGGERI, op. cit., p. 4).

37 Precisamente, autores que han estudiado el contrato de cuenta corriente mercantil –aun sin referirse al *cash pooling*– destacan su creciente utilización en los grupos de sociedades: TRUJILLO DÍEZ. *Los efectos del concurso*. Op. cit., p. 23.

sea temporalmente, la carencia de liquidez de algunos participantes con la disponibilidad de los otros, a fin de evitar o reducir el recurso al endeudamiento bancario. En definitiva se trata de un contrato en el cual el elemento “préstamo” está inserto, aun cuando en este negocio la principal causa del contrato no sea la de una operación de financiación, y que se vale del mecanismo jurídico que representa la cuenta corriente mercantil a efectos de la llevanza y compensación recíproca de créditos y deudas que genera diariamente el sistema; pero su causa unitaria no es ni la financiación, ni la compensación de créditos y deudas recíprocos, sino la mejor gestión de los distintos estados de liquidez de los participantes en el pool, esto es, la mejor gestión de la tesorería de un grupo para evitar, en lo posible, el recurso al crédito externo (con el coste que eso supone) y repartir – de ahí los efectos de financiación – la liquidez entre las sociedades del conjunto³⁸.

Por ello parece correcto afirmar que el *cash pooling*, además de ser un contrato *atípico* que es resultado de una combinación de elementos propios del contrato de cuenta corriente mercantil y de elementos propios de un contrato de financiación, tiene una *causa unitaria* que viene individualizada específicamente en la gestión de la tesorería del grupo. De este modo, la causa unitaria del contrato de *cash pooling* no es ni financiar a las filiales ni facilitar la liquidación por compensación de sus créditos recíprocos (aunque esos sean algunos de sus efectos), sino gestionar adecuadamente la tesorería de todo el grupo. Surge así el elemento del mandato (comisión mercantil, más correctamente) como el predominante – que no único – y explicativo de la causa del contrato.

VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Al estudiar los elementos subjetivos del contrato resulta útil distinguir dos planos. Por un lado, se encuentra la entidad crediticia

³⁸ *In fine* MIOLA, op. cit., p. 40; RUGGERI, op. cit., p. 5.

que debe proporcionar a la sociedad *pooler* una cuenta centralizada desde la cual pueda desarrollarse la operativa anteriormente descrita (de “barrido” de saldos de las cuentas periféricas o, en su caso, cobertura de los saldos negativos). Por otro lado, se encuentran los sujetos parte del grupo que van a quedar adheridos a este sistema de *cash pooling*: la sociedad *pooler* y las sociedades participantes en el *pool*.

Como ya indicamos anteriormente, suele ser la matriz la que asume la función de gestión de la tesorería, si bien tampoco es descartable que se articule un vehículo societario *ad hoc* en el grupo encargado exclusivamente de esa función o, incluso, que la misma venga atribuida a cualquiera de sus miembros ya existentes. En cualquiera de las hipótesis planteadas, nos parece que son los órganos de administración de cada una de las sociedades involucradas los competentes para adoptar la decisión de incorporarse a un sistema de *cash pool* y los que deben definir el contenido del contrato.

La competencia de los administradores de las sociedades involucradas en el *pool* encuentra respaldo, no sólo en la construcción dogmática del régimen de los grupos que ha llevado a cabo la doctrina³⁹, sino también en una de esas normas con que nuestro derecho, de forma parcial y esporádica, regula determinados aspectos que afectan al régimen societario de los grupos de sociedades. Nos referimos a la excepción prevista en el artículo 162.2 LSC en relación con la asistencia financiera entre sociedades del mismo grupo. En ella precisamente se articula una excepción a la competencia originaria de la Junta (en sociedades limitadas) para conceder asistencia financiera cuando ésta se otorga a favor de las sociedades del mismo grupo, quedando así investido el órgano de administración para el ejercicio de tal competencia. La razón de esta previsión se encuentra li-

39 Tratándose el *cash pooling* de una manifestación más de centralización de la política financiera del grupo sobre la que recae el ejercicio de la dirección unitaria, es común admitir que son los administradores de la matriz y de la filial los competentes para ejercer y acatar esas políticas. Nos permitimos el reenvío a nuestro trabajo *Grupos de sociedades y protección de acreedores*, cit., p. 106 y ss.

gada, como se ha dicho, al propio funcionamiento del grupo “toda vez que la unidad económica que supone el grupo obliga a facilitar el trasvase de financiación y garantías entre las sociedades implicadas. En busca de tal objetivo se otorga flexibilidad y omitiendo el más complejo trámite de la junta se asigna a la gestión ordinaria de los administradores”⁴⁰.

VII. ELEMENTOS FORMALES.

Aunque de la *atipicidad* del contrato se colige la ausencia de norma específica en cuanto a su forma, nos parece que su compleja naturaleza, contenido obligacional y el número de sujetos involucrados en estos sistemas (sociedades de grupo por un lado y entidad crediticia por otro) hacen que en la práctica sea normal y necesario recurrir a la forma escrita.

También creemos que otras obligaciones formales adicionales serían exigibles a cada una de las sociedades participantes en el *pool*. Por un lado, deberían cumplir con las normas de transparencia y publicidad exigidas por nuestro derecho de sociedades (cfr. art. 260 LSC, sobre el contenido de la memoria), del mercado de valores y normativa contable⁴¹ para las operaciones con personas vinculadas. Ello se traduciría en la exigencia de incluir en la memoria anual una

40 AVILA DE LA TORRE, A. Comentario al art. 162. En: *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Dirs: Rojo/Beltrán. Civitas, 2011, p. 1221. Se dice que, precisamente, la norma ha pretendido evitar cercenar los “efectos positivos que puede tener una adecuada canalización de excedentes de tesorería en el interior de un grupo de sociedades. Los denominados *pools* de tesorería y la centralización de los recursos disponibles en el grupo para canalizar el ahorro de las unidades económicas excedentarias hacia las unidades económicas deficitarias, permiten movilizar el capital y optimizar su utilización, asignando racionalmente los recursos disponibles en interés del grupo y en beneficio del conjunto de sociedades que lo componen”: MIRAMÓN DURÁ, R. *La asistencia financiera de una sociedad limitada a sus socios, administradores y a otras sociedades de su grupo*. Aranzadi, 2006, pp. 26 y 27.

41 Cfr. tercera parte, norma 15ª (partes vinculadas) del RD 1514/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

mención expresa al sistema de *cash pool* en que la sociedad se halla integrada – en tanto la mecánica del mismoda lugar a operaciones vinculadas – y en el Informe de Gobierno Corporativo para el caso de sociedades cotizadas⁴².

VIII. CONTENIDO BÁSICO (OBLIGACIONES DE LAS PARTES).

A pesar de la atipicidad del contrato y de la heterogeneidad de los sistemas de *cash pooling* existentes, la práctica financiera permite deducir un contenido mínimo en el que habría que distinguir, al igual que ya hicimos en relación con el ámbito subjetivo, dos planos de relaciones jurídicas: un primer plano, que haría referencia a los acuerdos concretados entre cada una de las sociedades participantes en el sistema y la sociedad *pooler*; y un segundo plano que estaría conformado por la concreción de las relaciones jurídicas entre esa sociedad (*pooler*) y la entidad de crédito que le proporcione la cuenta corriente operativa centralizada⁴³.

Aquél primer plano o ámbito de relaciones jurídicas insertas en el sistema de *cash pooling* es el que se presenta como más complejo y, se ha dicho, debería presentar el siguiente contenido mínimo: (i) el mandato (más correctamente, comisión mercantil) que otorgan las sociedades participantes a la *pooler* de gestionar la tesorería del grupo; (ii) la comisión que haya de pagarse a aquélla por esa labor de gestión; (iii) la definición del mecanismo jurídico que la *pooler* estipula con las sociedades del grupo a fin de compensar las posiciones deudoras y acreedoras que surgen cuando se transfieren los saldos activos y pasivos de cada una de las cuentas periféricas a la cuenta centralizada, detallando la periodicidad con que esos saldos deben ser “barridos”, anotados contablemente y compensados (como vimos, usualmente, de forma diaria); (iv) el mandato por parte de cada

42 En este Informe deben constar los datos sobre los contratos y otras operaciones vinculadas que hubiera concluido la sociedad cotizada con sus socios (v. art. 61.bis.1º y 4º LMV).

43 MÄNTYSAARI, op. cit., p. 76.

una de las sociedades que entra en el *pool* a su respectivo banco para que transfiera su saldo conforme a la periodicidad acordada desde su cuenta (periférica) a la centralizada; (v) el modo y condiciones en que la sociedad *pooler* debe restituir la liquidez recibida (y viceversa), lo que implica determinar los intereses (activos y pasivos) devengados por los flujos que se anotan en la cuenta centralizada y las condiciones de su pago; (vi) la definición de las cuentas corrientes de cada sociedad que pertenecen al *pool* y, en su caso, las que no; (vii) los detalles sobre la circulación de información y transparencia entre los miembros del *pool* (en especial, sobre la situación financiera de las sociedades participantes)⁴⁴; (viii) la duración del contrato (que normalmente será indefinido) y el derecho de desistimiento unilateral para cada una de las participantes en el *pool* – propio de cualquier contrato de comisión mercantil ex art. 279 CCom – con el preaviso correspondiente⁴⁵.

Como se puede apreciar, las obligaciones referidas son propias o caracterizadoras de los distintos contratos antes apuntados (cuenta corriente mercantil, préstamo y comisión mercantil) como conformadores de la naturaleza jurídica mixta del contrato de *cash pooling*.

IX. IMPLICACIONES DE DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL.

1. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.

Los sistemas de *cash pooling*, especialmente aquéllos que comportan una transferencia de activos entre los miembros del *pool*

44 Este flujo de información es imprescindible a fin de que los respectivos órganos de administración de cada sociedad puedan valorar la necesidad de salir del sistema y/o cumplir con los deberes legales que en situaciones de crisis les impone nuestro ordenamiento societario, evitando así incurrir en las específicas responsabilidades que a esos efectos se les puedan exigir.

45 MÄNTYSAARI, op. cit., p. 76; TREVISAN, op. cit., *passim*.

(los llamados sistemas *zero asset so zero balancing*) plantean específicos problemas cuando se implantan en el seno de un grupo de sociedades. Ello se debe a que la distinta personalidad jurídica de cada uno de los miembros del grupo parte del *pool* les obliga a cumplir desde esa perspectiva individualizada (aun cuando todas ellas conformen una empresa única como es la de grupo) con un ordenamiento societario que contiene una serie de exigencias en torno a la conservación de la cifra del capital social que, a decir de la doctrina y jurisprudencia comparada, ponen en tela de juicio el funcionamiento mismo del *pool* o, cuando menos, lo condicionan. Por otro lado, la declaración de concurso de una de las sociedades parte del *pool* también genera arduos interrogantes relacionados, principalmente, con el tratamiento que deben recibir los flujos entre la sociedad concursada y la sociedad *pooler* a la vista de la condición de personas “especialmente relacionadas” que las une (v. *infra*. 2 y 3).

Y todas estas dificultades descritas se plantean en un entorno de funcionamiento “óptimo” o, si se quiere, “normal” del sistema de *cash pool*, esto es, sin que de la gestión por parte de la *pooler* se deduzcan maniobras abusivas (dirigidas a dañar a alguno de sus miembros) o, simplemente, negligentes (que se traduzcan, por ejemplo, en una confusión de patrimonios de las sociedades participantes). Si nos planteamos las consecuencias jurídicas que para la sociedad gestora y sus administradores – y en su caso, para las demás sociedades del *pool* y sus propios administradores – puede acarrear un uso “patológico” (ya sea negligente o abusivo) del sistema, la respuesta será distinta y, claro está, agravada. Debemos entonces acudir a los instrumentos con que cuenta nuestro derecho para contrarrestar tales conductas: entre otros, la responsabilidad de los administradores encargados del *pool* y, en su caso, de los administradores de la sociedad participante, la aplicación del artículo 25 *ter* LC ante un supuesto de confusión de patrimonios o, en su caso, el levantamiento del velo, etc. (v. *infra*. 4).

A la vista de lo expuesto, no resulta difícil concluir que un correcto estudio de las complejas implicaciones societarias y concur-

sales que conlleva la implantación de un *cash pool* requeriría un estudio monográfico que un trabajo de este carácter no permite abordar. Por ello nos planteamos afrontar una tarea mucho más modesta: nos limitaremos a plantear los problemas apuntados y dar una respuesta sintética – y necesariamente provisional, dada la ausencia de doctrina jurisprudencial y científica en nuestro país con la que contrastar nuestro pensamiento – a las principales problemáticas apuntadas.

2. REPERCUSIÓN DEL *CASH POOLING* EN LA DISCIPLINA DEL CAPITAL SOCIAL.

2.1. Planteamiento de la problemática.

En función de la dirección del flujo de los fondos de liquidez el *cash pooling* puede plantear distintos problemas legales. Concretamente, se ha dicho, los flujos ascendentes de liquidez (denominados *upstream loans*) pueden plantear problemas en relación con la disciplina del mantenimiento del capital y su cumplimiento por parte de las sociedades del grupo que participan en el *pool*. La doctrina y jurisprudencia comparada, especialmente la alemana, lleva años planteándose si esos flujos financieros ascendentes (*upstream*) suponen o no una vulneración de la prohibición de restitución anticipada del capital social a los socios cuando aquéllos afecten a su entero patrimonio neto (incluido el que respalda la cifra de capital social), con la consiguiente conversión de la liquidez que tiene esa sociedad en un derecho de crédito frente a la sociedad *pooler*⁴⁶.

La prohibición normativa en que se ha basado esa problemática convivencia de los sistemas de *cash pooling* con la doctrina del

46 Entre otros, v. SCHNEIDER. Das Recht des Konzernweiten Cash-Managements. En: AA.VV. *Handbuch der Konzernfinanzierung*. Dirs: Lutter/Scheffler/Schneider. Köln: O. Schmidt, 1998, p. 805 y ss; VETTER. Konzernweites Cash Management –rechtliche Schranken und Risiken. En: AA.VV. *Holding Handbuch*. Dir: Lutter. Köln: O. Schmidt, 2004, p. 310 y ss. En Italia, principalmente MIOLA, op. cit., p. 36 y ss., en especial, p. 54.

capital se planteó en Alemania a raíz del dictado del anterior §30.1 GmbHG (reformado luego por la MoMiG), donde se establecía expresamente que los activos de la compañía requeridos para preservar el capital social no pueden ser distribuidos entre los socios (una norma de carácter similar existía en el §57 AktG para anónimas⁴⁷). La violación de aquella normativa suponía la obligación de devolución por parte del socio que hubiese recibido el pago (apartado 1º del §30 GmbHG y §57 AktG), y caso de no hacerlo, los demás socios se veían obligados a responder (§30.3º GmbHG, y §62 AktG).

La problemática, planteada en estos términos, se puede extrapolar no sólo al derecho español, donde también contamos con una norma similar (cfr. art. 273 LSC), sino a todo el derecho europeo de anónimas, ya que en virtud de la Segunda Directiva quedan prohibidas las distribuciones de fondos a los socios cuando el patrimonio neto es inferior a la cifra del capital social (cfr. art. 15), y la vulneración de dicha norma puede obligar a los socios a la restitución de esos fondos (cfr. art. 16).

2.2. Presupuestos de compatibilidad del *cash pooling* con la doctrina del capital: la experiencia alemana.

El resultado de arduos debates doctrinales en torno a la problemática referida fue una construcción dogmática que determinaba una serie de presupuestos (*standards*) de compatibilidad de los flujos de liquidez propios del *cash pool* y las reglas del capital social. Aque-

47 El problema se planteó en Alemania con más vigor en el ámbito de las sociedades limitadas en tanto las anónimas contaban con un derecho de grupos que ya preveía (para los contractuales) la derogación de las normas del capital a cambio de la obligación de asunción anual de pérdidas por parte de la matriz (§291 y ss. AktG) y, para los grupos fácticos, la obligación de compensar las desventajas o perjuicios ocasionados ex §311 AktG; normas éstas que, a decir de algunos autores, podían sustitutorias del mecanismo resarcitorio específicamente previsto por las normas del capital (§57 y concordantes AktG): Así, antes de la reforma de la MoMiG: EMMERICH, V.; HABERSACK, M. *Aktien- und GmbHKonzernrecht*. 2003, § 311, *Rdn.* 82 y ss.

lla construcción fue imponiéndose con carácter general entre la doctrina científica y la jurisprudencia del país y se consideró prevalente cuando menos, hasta que una famosa y polémica sentencia del Tribunal Supremo alemán (“BGH”) de 2003 introdujo elementos “adicionales” a esa compatibilidad.

La referida construcción proponía considerar que cualquier préstamo otorgado por una sociedad a su socio (*upstream*, esto es, de filial a matriz)⁴⁸ cumplía con los requisitos del §30.1 GmbHG si el derecho a su restitución era reconocido en su totalidad (*vollwertig o fully reliable*) y si el préstamo en cuestión se había otorgado a precios de mercado (*on an arm's length basis*)⁴⁹. Cumpliéndose ambos requisitos, la operación se consideraba “neutral” a efectos de balance y por consiguiente, no se incurría en vulneración alguna de la doctrina del capital. La sociedad obtiene un crédito contra el socio equivalente a lo prestado sin que se produzca una reducción del patrimonio social⁵⁰. De esta manera, un préstamo a un socio, a un tipo de interés normal y con plena garantía de devolución no puede nunca suponer una depreciación del activo, sino tan sólo un cambio en los elementos que lo componen, que resulta irrelevante desde la perspectiva del §30 GmbHG⁵¹. Esta construcción, como decíamos, imperó entre la doctrina y jurisprudencia de aquél país durante años.

Sin embargo, aquellos dos presupuestos legitimadores de los sistemas de *cash pooling* fueron puestos en tela de juicio por una sentencia de 24 de noviembre de 2003 del BGH⁵². En este caso, el Tribu-

48 En el estudio de estas cuestiones se parte siempre por la doctrina alemana de la hipótesis de relación socio-sociedad entre la matriz y la filial.

49 VETTER; SCHWANDTNER, op. cit., p. 1162.

50 SCHMIDT, K.. La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del derecho concursal. *RCP*, núm. 10, 2009, p. 399 y ss., p. 402. También en: *Gesellschaftsrecht*. 4ª ed. Köln: Heymann, 2002, p. 1148 y ss.

51 También, SOTIROPOULOS, G. Frangen der Darlehensgewährung der GmbH an ihre Gesellschafter, insb im Gründungs- und Liquidationsstadium. *GmbHR*, 1996, p. 654.

52 BGHZ 157, 72.

nal lo que hizo fue añadir un requisito adicional a los dos anteriormente comentados: que la situación financiera del socio (en este caso, matriz receptora del crédito) estuviese fuera de toda duda o, alternativamente, que el préstamo fuese adecuadamente garantizado; de lo contrario, se consideraría que estas operaciones constituían una transferencia patrimonial ilícita por vulnerar el §30.1 GmbHG. Como reacción a tal decisión, que endurecía claramente las condiciones en que los sistemas de *cash pooling* podían funcionar – hasta el punto de ponerlos en entredicho⁵³ – muchos de estos contratos se modificaron, limitando los flujos *upstream* a cantidades que resultasen, únicamente, de las reservas libremente distribuibles⁵⁴.

La sentencia comentada fue objeto de duras críticas doctrinales durante años. Sin duda, éstas dieron resultado: la relevante reforma de aquél ordenamiento acometida por la MoMiG se destinó en parte a rectificar esta jurisprudencia del BGH sobre la materia, modificando los §§30 GmbH y 57 AktG. Gracias a dicha reforma ha quedado derogada expresamente la prohibición de restitución anticipada de aportaciones para el caso específico de préstamos concedidos a la matriz en el ámbito del *cash pool* en el seno de los grupos. Para ello la MoMiG ha añadido una nueva frase al apartado 2º del 30 GmbHG advirtiendo que la prohibición del apartado primero no se aplica a las transferencias de liquidez que se produzcan en virtud de un contrato de dominio o de transferencia de beneficios (§291 AktG), o bien, si aquéllas quedan cubiertas por una contraprestación o un derecho de restitución completa (*vollwertig*) por parte del socio⁵⁵. Dicho de otro modo, quedará permitido transferir los activos de la sociedad a los socios si se reconoce un derecho de crédito a la sociedad por la totalidad de aquella transferencia. Con ello la MoMiG ha positivizado la interpretación imperante entre doctrina y jurisprudencia que se hacía

53 SCHMIDT, K., “La reforma de la sociedad...”, cit., p. 402.

54 VETTER; SCHWANDTNER, op. cit., p. 1164.

55 La norma expresamente dice: “... *einen vollwertigen Gegenleistung oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter*”.

del antiguo §30.1º GmbHG en relación con los *upstream loans* antes de la decisión del BGH de 2003, desterrando así las incertidumbres que había traído la doctrina de aquél tribunal y que en la actualidad la doctrina mayoritaria considera superadas⁵⁶.

Actualmente, se puede afirmar que un *upstream loan* no violará la doctrina de mantenimiento del capital social si la posibilidad de devolución de la totalidad del préstamo puede considerarse – o aparenta ser – realizable. Y para valorar esa circunstancia habrá de admitir una valoración *ex ante* por parte de los administradores. Esto es lo que expresamente establece la exposición de motivos de la norma al decir que la violación de las reglas de mantenimiento del capital tienen que testarse sólo en el momento en que se otorga el *upstream loan*⁵⁷.

2.3. Reflexiones adicionales sobre la compatibilidad del *cash pooling* con nuestra doctrina del capital.

Aunque la construcción dogmática elaborada por la doctrina alemana sobre la compatibilidad de los sistemas de *cash pool* con la doctrina de conservación del capital resultaría *a priori* trasladable a nuestro ordenamiento para salvar la prohibición que con carácter similar – respecto de los antiguos §30 GmbHG y §57 AktG – establece el artículo 273 LSC, creemos oportuno hacer una reflexión adicional sobre uno de los requisitos legitimadores antes apuntados. Nos referimos a la exigencia de que los trasvases de liquidez en sentido ascendente (*upstream*) se den en “condiciones de mercado” (*at arm’s length*). Creemos que una interpretación demasiado estricta de este

56 VETTER; SCHWANDTNER, op. cit., p. 1166. No obstante, todavía expresando algunas dudas: WESTERMANN. En: SCHOLZ. *Kommentar zum GmbH-Gesetz*. Köln: 2010, §30, Rdn. 48 ss.

57 VETTER; SCHWANDTNER, op. cit., pp. 1167 y 1168; DRYGALA, T.; KREMER, T. Alles neu macht der Mai- Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf zum MoMiG. *ZIP*, 2007, p. 1292.

requisito podría llegar a plantear problemas en el funcionamiento del *cash pooling*, o mejor dicho, problemas en torno a su funcionamiento “eficiente”. Y es que, la adopción de un sistema de gestión de liquidez interno y centralizado como éste persigue, precisamente, que las necesidades de financiación de sus respectivos miembros puedan ser realizadas en condiciones más ventajosas que si éstos se viesen obligados a acudir al mercado bancario⁵⁸. Por ello, a nuestro juicio, una interpretación demasiado rigurosa de este presupuesto podría acabar con una de las ventajas más importantes del *cash pooling*.

Ello sin embargo no debe ser interpretado en términos de absoluta discrecionalidad a la hora de determinar el coste o precio que los flujos de liquidez tienen dentro del grupo para la sociedad gestora y sus participantes. El presupuesto del “valor o condiciones de mercado” sí resulta ser una referencia útil respecto de los intereses máximos a pagar por las sociedades participantes por la financiación recibida de la *pooler* (*downstream*); sin embargo, creemos que aquél no debe invocarse para impedir que las sociedades participantes obtengan esa financiación a precios inferiores a los del mercado. Conforme a esta interpretación, aquél presupuesto serviría de claro referente para enjuiciar cuándo, en el contexto del *pool*, se están llevando a cabo operaciones que – por conllevar el pago de unos intereses muy superiores al valor de mercado – conllevan una distribución encubierta de dividendos; en tal caso, si la distribución encubierta afectase la cifra de patrimonio neto garantizaría del capital social vulneraría el artículo 273 LSC y obligaría a la *pooler* (caso de existir una relación societaria entre ambas) a su restitución⁵⁹.

58 Como ya se apuntaba *supra*. III.

59 Sobre el tratamiento de las transferencias ocultas de patrimonio en el seno de los grupos y su tratamiento desde el régimen jurídico de los dividendos encubiertos, nos permitimos la remisión a nuestro trabajo *Grupos de sociedades y protección de acreedores*, cit., p. 398 y ss.; también ESPÍN GUITIÉRREZ, C. Reflexiones sobre la función patrimonial del capital social en los grupos societarios. En: AA.VV. *La modernización del derecho de sociedades*. Aranzadi, 2011, p. 507 y ss. Sobre los dividendos encubiertos, por todos, v. BAGO ORIA, B. *Dividendos encubiertos: El reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*. Civitas, 2010.

Limitada así – que no excluida – la funcionalidad del requisito de las “condiciones de mercado”⁶⁰ a los fines de la valoración expuesta (esto es, como límite indicador máximo a pagar por las sociedades por los flujos de liquidez), creemos que una ulterior reflexión cabe hacer en relación con los intereses – el precio si se quiere – a pagar por la liquidez dentro del sistema de *cash pooling*. Tal reflexión está directamente relacionada con la “equidad” de trato y las excepciones que, a nuestro juicio, se pueden imponer en el contexto de una política de dirección unitaria ejercida legítimamente.

A priori podría considerarse que los intereses (aunque más ventajosos que los exigidos en el mercado) impuestos sobre la liquidez proporcionada por el *pool*, debieran cumplir con un requisito adicional: ser “equitativos”, esto es, que no se traduzcan en una discriminación entre las sociedades del grupo participantes en el sistema (pagando así, por ejemplo, unas sociedades un 5% por la liquidez, mientras otra u otras únicamente pagan un 1%). Sin embargo, esta percepción apriorística, no es del todo correcta. Creemos que una operativa así descrita (esto es, discriminatoria) podría obedecer a una forma propia – y legítima – de operar de los grupos de sociedades: la asunción de operaciones ventajosas y desventajosas en su seno que vengan justificadas – dentro de unos parámetros ya desarrollados por la doctrina comparada y española en torno a la teoría de las ventajas compensatorias⁶¹ – por una política de dirección unitaria dirigida a la consecución del interés del grupo. Podría por ejemplo a nuestro juicio resultar justificado que una sociedad vea retribuidas sus transferencias de liquidez con un 8%, frente al 2% con el que se retribuye a las restantes, porque aquélla haya puesto un inmueble de valor en

60 Sobre la relevancia a nivel tributario que los “precios de mercado” desempeñan, v. *infra*. X.

61 En Italia, por todos, v. MONTALENTI, P. *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, En: AA.VV. *I gruppi di società (Atti del convegno internazionale di studi) di Venezia 16-18 novembre 1995, II*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1627 y ss.; entre nosotros, nos permitimos de nuevo el reenvío a nuestro trabajo *Grupos de sociedades y protección de acreedores*, cit., p. 151 y ss.

garantía real del pago de los préstamos que la matriz *pooler* obtiene de la banca en beneficio de la liquidez del conjunto del grupo.

Todo ello se traduce en que, de existir diferencias notables entre los intereses pagados por los distintos miembros del *pool*, el juicio de valor sobre su legitimidad no deberá ser, automáticamente, negativo; antes deberá contrastarse si aquellas diferencias obedecen a una operativa de asunción de operaciones ventajosas y desventajosas intragrupo que, conforme a los requisitos de la teoría de las ventajas compensatorias, resulte legítima.

3. IMPLICACIONES DE DERECHO CONCURSAL.

3.1. Planteamiento y tratamiento de la problemática en el derecho comparado.

Son muchos y complejos los interrogantes que el concurso de alguna de las sociedades participantes en el *pool* plantea y que, como ya adelantamos con anterioridad, no podemos en un trabajo de este carácter abordar con la debida profundidad. Nuestro objetivo se ceñirá a intentar exponer la problemática específica que aquella hipótesis suscita y apuntar sus posibles soluciones.

Esta labor exigirá prestar especial atención al tratamiento concursal que deben recibir los flujos ascendentes y descendentes que entre la sociedad *pooler* y la concursada se han venido produciendo y que se pueden ver afectados por tres diferentes institutos concursales: el tratamiento de la compensación convencional entre los flujos de liquidez que se produce en el seno del sistema entre *pooler* y participante (cfr. art. 58 LC); la aplicación de la institución de la subordinación de créditos al saldo acreedor que pueda resultar de esa compensación (cfr. art. 93.2.3º LC); y el potencial ejercicio de la acción rescisoria sobre aquellos flujos debido a la condición de personas relacionadas que tienen *poolery* participante y la presunción de perjuicio que a esos introduce el artículo 71.3º LC.

La doctrina comparada ha prestado atención, especialmente, a estos dos últimos aspectos. Concretamente, la doctrina alemana advierte que, desde la reforma del derecho concursal también introducida con la MoMiG, los efectos de la declaración en concurso de uno de los miembros del *pool* se han visto agravados (cuando menos para la sociedad *pooler*). Esto se debe a que en virtud del §135 InsO cualquier préstamo otorgado por parte de la sociedad concursada a un socio (presumiblemente, la *pooler*) puede ser objeto de rescisión por parte del administrador concursal si el pago o satisfacción de dicho préstamo hubiera tenido lugar durante el año anterior a la declaración de insolvencia⁶²; a ello se une el hecho de que, una vez rescindidos esos pagos, el crédito que ostentaría el socio (la *pooler*) quedaría subordinado automáticamente (cfr. §§39 y 135 InsO)⁶³.

Aunque la aplicación de la solución rescisoria para los sistemas de *cash pooling* es discutida por los autores italianos que se han acercado a esta problemática⁶⁴, la subordinación del crédito de la *pooler* es un efecto comúnmente admitido ex artículo 2497 *quinques* y 2467 CCiv., si bien, vinculando su aplicación, como viene siendo tradicional ya en el derecho italiano, a la doctrina de la infracapitalización nominal.

62 VETTER; SCHWANDTNER, op.cit., p. 1171. Sobre las específicas consecuencias de esta reforma en el *cash pooling* v. ZAHRT, K. *Finanzierung durch Cash Pooling im internationalen mehrstufigen Konzern nach dem MoMiG*. Duncker&Humblot, 2010, en especial, p. 203 y ss.

63 Las únicas excepciones a esta rescisión automática son las referidas en el §39.4º y 5º InsO, es decir, los préstamos otorgados por accionistas no relevantes o por nuevos accionistas que adquirieron tal condición en orden a permitir la reestructuración financiera de la sociedad.

64 DACCÓ, op. cit., p. 139, entiende que la compensación legal (efectuada conforme al art. 56 *Legge Fallimentare*, "L.f.") dentro del *cash pool* como modo de extinción de las deudas recíprocas distinta del pago, no puede configurarse como un acto revocable en el sentido del artículo 65 L.f., ni en el sentido del art. 67 L.f. De forma distinta, MARINONI, R.; KING, F. *Cash pooling e revocabilità de pagamenti infra-gruppo*. *Diritto e Praticadelle Societ*. Núm. 21, noviembre 2003, p. 36 y ss., en especial, p. 40, la admite respecto de los pagos efectuados por la filial participante en el *pool* a su matriz.

3.2. Determinación del “saldo” acreedor y subordinación.

Como ya quedó dicho al abordar la naturaleza jurídica del contrato, se considera que la cuenta corriente mercantil es el mecanismo jurídico en virtud del cual la sociedad *pooler* contabiliza y compensa los periódicos flujos de financiación ascendentes y descendentes que entre ella y la filial se llevan a cabo. Así, la declaración de concurso de una sociedad participante en el *pool* se traducirá en la inmediata determinación de un “saldo” que definirá las respectivas posiciones – acreedoras o deudoras – de ambos sujetos (concurrida y *pooler*) en el momento de la declaración del concurso⁶⁵. Y en tanto la cuenta corriente mercantil es un supuesto de compensación convencional subsumible en el artículo 58 LC⁶⁶, en principio, quedan amparados por la legalidad de la compensación todos los créditos que con anterioridad a la declaración del concurso hubieran cumplido con los requisitos de compensabilidad, esto es, fuesen créditos recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles⁶⁷.

La traslación de estos principios a los flujos de liquidez recíprocos existentes en virtud del contrato de *cash pooling* – si esta relación siguiera vigente en el momento de declaración del concurso – significará que ese saldo acreedor o deudor a la fecha del auto de

65 Del mismo modo, los acuerdos de compensación y garantías financieras regulados en el Real Decreto-Ley 5/2005, tienen previsto un régimen especial en caso de concurso en virtud del cual cada una de las deudas y créditos recíprocos procedentes de las operaciones financieras amparadas bajo la citada norma, pierden su individualidad y quedan sujetas a un sistema de liquidación por saldos, resultando una única deuda y un único crédito para el supuesto de que se ejercite la facultad de terminación mediante el vencimiento anticipado (v. art. 16.2 RD-Ley 5/2005) (v. SANCHO-GARGALLO, I. Las acciones de reintegración. En: AA.VV. *Tratado Judicial de la Insolvencia*. Marcial Pons, 2012, p. 1203).

66 BERMEJO, op. cit., p. 1091.

67 Los requisitos de la compensación legal (que se aplican en una compensación convencional, v.gr., la cuenta corriente mercantil) son los de los artículos 1195 y 1196 CC: créditos recíprocos y de manera principal; deudas de dinero, o siendo fungibles, de la misma especie y calidad; créditos vencidos, líquidos y exigibles: V. SAAP de Barcelona de 10.03. y 23.09.2008 (sec. 15ª), y de Madrid 28.10.2008 (sec. 21ª), y SSTs de 30 de abril y 25 de septiembre de 2008.

declaración del concurso será el “exceso no compensado”⁶⁸. Así, en el caso de que fuera mayor el contracrédito de la concursada, el exceso no compensado que resulte a su favor se integrará en la masa activa del concurso (sería un crédito de la masa frente a la *pooler*). Y en el caso contrario, la *pooler* sólo podría concurrir como acreedora por el saldo positivo que a su favor arrojase la cuenta el día de la declaración del concurso (y no por cada uno de los créditos anotados y que ya se extinguieron por efecto de la compensación que imprime la cuenta)⁶⁹. Ese saldo, deberá estar determinado por la ordenada contabilidad que de los recíprocos flujos interpartes hayan llevado no sólo los administradores de la sociedad *pooler* (encargados principales de la gestión de la tesorería centralizada) sino también los de la sociedad participante, que deben conocer en cada momento la situación financiera de su sociedad y la necesidad, si es el caso, de activar medidas de reestructuración del desequilibrio patrimonial (art. 367 LSC) o de solicitud oportuna del concurso (en tanto de no hacerlo, podrían enfrentarse a la responsabilidad del art. 172 *bis* LC).

68 TRUJILLO DÍEZ. *Los efectos del concurso*. cit., p. 61, en referencia a la cuenta corriente mercantil.

69 Como ya indicamos *supra* nota 32, si se entiende que la compensación “opera progresivamente en la cuenta, a medida que van ingresando nuevas y sucesivas partidas, sucede que en el momento de la declaración del concurso sólo aparecerá un único crédito o deuda, que será el de saldo o exceso no compensado. Los créditos llevados a la cuenta se compensaron total o parcialmente en el momento de la anotación de la remesa, de tal forma que se muestran ya extinguidos antes de la declaración del concurso, aun cuando la cuenta no estuviera todavía cerrada. La única importancia del cierre de la cuenta es la fijación del saldo provisional, que a partir de ese momento devendrá definitivo y exigible”: V. TRUJILLO DÍEZ. *Los efectos del concurso*. cit., p. 90, y en: Comentario art. 58 LC. AA.VV. *Comentarios a la Ley concursal*. Dir: R. Bercovitz. Tecnos, 2004, vol. I., p. 642.; en sentido similar NART, op. cit., p. 154. Si se entiende que no opera de forma progresiva, sino que la compensación se produce en el momento del cierre de la cuenta, a la fecha de declaración del concurso habría que retrotraerse al saldo que se arrojaba en la última fecha de tal cierre. No obstante, como ya apuntamos también con anterioridad, creemos la especificidad de la compensación diaria que – habitualmente – se produce en el seno de los sistemas de *cash pooling* y la exigibilidad inmediata de los créditos que ello también conlleva, no impide encontrar claras relaciones de analogía (respaldadas por la mayor parte de la doctrina que se ha acercado al estudio de esta cuestión) entre la cuenta corriente mercantil y esa concreta operativa del *cash pooling*.

En el hipotético caso de que el contrato de *cash pooling*, tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas (de financiación y de pago) pendientes de cumplimiento para las partes, siguiera vigente en el momento de declaración del concurso de la participante, tal contrato, en principio, no quedaría resuelto por aquella declaración ex artículo 61.2 LC⁷⁰. Así, cualquier comisión o gasto que genere su mantenimiento será considerado como crédito contra la masa. Sin embargo, ex artículo 61.2 LC la concursada o la administración concursal podrán solicitar la resolución del contrato en interés del concurso⁷¹.

Finalmente, es importante señalar que si el saldo no compensado en el momento de la declaración del concurso de la sociedad participante fuese a favor de la matriz *pooler*, éste debería considerarse un préstamo a su favor que, como crédito de sociedad perteneciente al mismo grupo que la concursada, debiera quedar subordinado automáticamente ex art. 92.5 y 93.2.3º LC. Se trata ésta de una norma de general aplicación a todos los préstamos entre sociedades de grupo que no admite excepciones debido a la automaticidad con que la norma configura dicha subordinación y que ha sido duramente criticada por la doctrina⁷².

70 Caso de continuar vigente el contrato de *cash pooling* durante el concurso, no debería descartarse la validez de las compensaciones de flujos efectuadas con posterioridad a aquella declaración. Ello representa una excepción clara a la prohibición de compensación del artículo 58 LC, y tanto nuestra doctrina jurisprudencial como científica se ha mostrado proclive a que, en los casos de cuenta corriente mercantil (también en las cuentas corrientes bancarias) tal compensación pueda producirse válidamente en el marco del procedimiento concursal: ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho concursal*. 2ª ed. Civitas, 2012, p. 176; v. SAP de Barcelona (15ª) de 21 de mayo de 2007, sobre la no aplicación de la prohibición de compensación del artículo 58 LC a los contratos de cuenta corriente [en sentido similar, la SAP de Madrid (28ª) de 1 de febrero de 2010].

71 BERMEJO, op. cit., p. 1091, también con referencia a la cuenta corriente, advierte que se abre paso la tesis de que la cuenta corriente sería un contrato sinalagmático que, en sede concursal, no estando completamente ejecutado por ninguna de las partes, debería quedar sometido al régimen de los contratos pendientes de ejecución. Entonces sería la administración concursal quien debería optar bien por el cumplimiento, bien por su resolución.

72 Por todos v. ALONSO LEDESMA, C. El automatismo en la subordinación de créditos y la

3.3. Rescindibilidad de los flujos de liquidez ex art. 71.3º LC.

3.3.1. Flujos rescindibles en virtud de la presunción de perjuicio del artículo 71.3 LC.

Es posición común en la doctrina y la jurisprudencia la que niega la posibilidad de rescindir una compensación convencional efectuada de acuerdo a los criterios exigidos por el artículo 58 LC⁷³; se dice que una compensación de este carácter tiene “un tratamiento concursal específico” y en su virtud “no cabra apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez”⁷⁴. Sin embargo, cuestión distinta de la “inatacabilidad” de la compensación debidamente efectuada, es la potencial impugnación de los concretos negocios o actos jurídicos que originaron aquellas deudas compensables⁷⁵. Si esta reflexión se conjuga con el hecho de que nuestra Ley concursal incorpora una presunción (*iuris tantum*) de perjuicio de cualesquiera actos de disposición patrimonial⁷⁶

posición de las entidades de crédito. En: AA.VV. *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*. Dirs: Alonso Ureba; Pulgar Ezquerro. Madrid: 2009, pp. 175, 183.

73 Existe unanimidad en el derecho comparado, tanto si se considera que la compensación es automática (España y Francia) como cuando se exige declaración de compensación (Italia y Alemania), en respetar la compensación de los créditos que cumplen los requisitos de compensabilidad antes de la declaración del concurso: TRUJILLO DÍEZ. Comentario al art. 58. cit., p. 628. También SANCHO GARGALLO, op. cit., pp. 1177 y 1178, afirma que “el juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago (...) tiene un tratamiento concursal específico (...). Esto es el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabra apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez”.

74 V. la SAP de Barcelona La SAP de Barcelona (15ª), de 30 de marzo de 2009. Incluso se ha aceptado la validez de la compensación en el caso del contrato de cuenta corriente mercantil una vez ya declarado el concurso (v. la SAP de Barcelona (15ª) de 21 de mayo de 2007).

75 TRUJILLO DÍEZ. Comentario al art. 58. cit., p. 627.

76 SANCHO GARGALLO, op. cit., p. 1145, afirma que dentro del término “acto de disposición”, concebido en sentido amplio, se abarcan tanto los contratos y negocios como los pagos (tam-

llevados a cabo por el deudor durante el periodo sospechoso con cualquier persona especialmente relacionada (ex art. 71.3º en relación con el art. 93.2.3º LC), podría colegirse que, en virtud de la relación de grupo existente entre los miembros del *pool*, deberán presumirse perjudiciales todos los flujos ascendentes (*upstream*) que se correspondan con pagos (satisfacción) de los préstamos (flujos *downstream*) previamente otorgados por la *pooler*. Incluso se ha apuntado que, de haberse celebrado el contrato de *cash pool* durante el periodo sospechoso, el contrato mismo podría ser objeto de la acción rescisoria⁷⁷.

Esta presunción de perjuicio es generalizada y resulta aplicable, como decíamos anteriormente, a todos los sistemas de *cash pooling* (en virtud de la especial relación entre *poolery* participante) con independencia de cualquier elemento de fraude o abuso. De este modo, toda sociedad *pooler* se verá obligada, ante la insolvencia de una de las participantes en el *pool*, a destruir o enervar tal presunción de perjuicio.

3.3.2. La enervación de la presunción del perjuicio patrimonial: su significado en el ámbito de los grupos.

Como acertadamente se ha apuntado, en el marco del grupo de sociedades la acción rescisoria concursal presenta perfiles propios y plantea problemas de difícil solución⁷⁸. El artículo 71 LC sólo declara rescindibles los actos del deudor (de disposición sobre su patrimo-

bién por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial.

77 V. MARTIN, J. L. Spain. *International Cash Pooling*. Ed: J. Jansen. Alemania: Sellier, 2011, pp. 279 y 280; PARDO, B.; PINEDA, F.; SALLEN, I.; ALARCÓN, M. L. Spain. *Cash pooling and Insolvency (A practical global handbook)*. London: Global Law and Business, 2012, p. 391 y ss.

78 PÉREZ BENÍTEZ, J.J. Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades. *RCP*, núm. 19, 2013, p. 157.

nio) que sean “perjudiciales” para la masa activa y hayan sido, claro está, realizados en el período sospechoso. Así, la determinación del concepto “perjuicio patrimonial” se convierte, como se ha dicho, en la clave de bóveda del sistema⁷⁹. Tras una interesante evolución jurisprudencial en torno a la interpretación del concepto de perjuicio patrimonial – que tras la promulgación de la Ley se concibió incluía tanto los actos que minoraban la masa activa como los que alteraban el trato de los acreedores integrados en la masa pasiva –, **hoy** este concepto ha sido reformulado por nuestros tribunales y se habla de “sacrificio patrimonial injustificado”⁸⁰. Por lo que respecta al problema temporal, es opinión unánime la de que el perjuicio se ha de determinar *ex ante*, esto es, en el momento en que el acto objeto de examen fue realizado atendiendo a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso⁸¹. Además, tal valoración será en principio independiente de la situación de insolvencia ya que no se exige nexo causal entre el acto del deudor y aquella situación⁸².

Situándonos en el contexto de un *cash pooling* ordenadamente llevado, hipótesis de trabajo desde la que partíamos, son varios los motivos que permitirían a la *pooler* “justificar” ante la administración concursal el potencial perjuicio que todo pago de deuda – con sus correspondientes intereses – acarrea (en tanto disminuye la masa activa del deudor) y enervar así la presunción de perjuicio que sobre ella se cierne.

79 PÉREZ BENÍTEZ, op. cit., p. 156.

80 Se debe este más matizado concepto a la muy citada sentencia de la AP de Barcelona (sec. 15ª) de 6 de febrero de 2009, sobre la base de un anterior pronunciamiento del Tribunal Supremo, concepto que ha sido seguido en numerosas resoluciones de AP y consagrado en las SSTs de 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012.

81 A pesar, como se ha señalado, de algún pronunciamiento discrepante: SAP de Madrid (sec. 28ª) de 3 de febrero de 2012; PÉREZ BENÍTEZ, op.cit., p. 157.

82 Como se ha señalado, no es necesario que el acto del deudor sea determinante de la impotencia patrimonial: LEÓN SANZ, F. Comentario art. 73. En: AA.VV. *Comentario de la Ley Concursal*. Dirs: Rojo/Beltrán.Civitas, 2004, p.1307.

El primero subyace en la causa misma de la operación de pago referida, cual es, el contrato de *cash pool* y su mecánica de funcionamiento, la compensación periódica de créditos y deudas. Todos ellos son pagos que obedecen a obligaciones vencidas, líquidas y exigibles asumidas en un contrato que prevé una compensación convencional amparada, como decíamos, por el artículo 58 LC. Precisamente, los pagos *upstream* que se realizan en el marco de un sistema de *cash pooling*, representan por parte de la participante el estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas mientras forme parte del sistema de financiación del grupo al que pertenece. Y el pago de los intereses (y comisiones que la tarea de gestión llevada a cabo por la *pooler* pueda devengar) asociados a aquellos pagos *upstream*, podrían obedecer – caso, por ejemplo, de que la participante hubiese pagado unos intereses mayores que otra u otras sociedades del sistema – a una política de dirección unitaria dirigida a compensar ventajas y desventajas entre las sociedades del grupo parte del *pool*⁸³.

Esta última reflexión conecta directamente con el segundo de los motivos enervadores del perjuicio, y que pasa por entender que la noción de “perjuicio injustificado” cobra una nueva dimensión cuando se analiza desde la perspectiva de las operaciones de financiación realizadas dentro de un grupo de sociedades⁸⁴. El carácter de este trabajo no nos permite detenernos en exponer con la profundidad y el detalle requerido por una cuestión tan compleja. Baste aquí apuntar que tal noción debe conectarse con el propio interés del grupo y su consecución legítima (esto es, dentro de los parámetros que a esa legitimidad contribuye la doctrina de las ventajas compensatorias)⁸⁵. Esta idea de que el interés del grupo cobra especial relevancia

83 V. *supra* IX. 2.3.

84 Como señala PULGAR EZQUERRA, J. El concurso de sociedades integradas en un grupo. En: AA.VV. *La modernización del derecho de sociedades de capital en España*. Dirs: Alonso Ledesma; Alonso Ureba; Esteban Velasco. Aranzadi, 2011, tomo II, p. 462 y ss.

85 Referencia otra vez a mi libro, o a lo anteriormente dicho.

en el marco de la acción rescisoria concursal como causa enervadora del perjuicio –si existe una compensación o contraprestación adecuada⁸⁶– y que ello exige examinar no la operación individualmente considerada, sino a la luz de la política de dirección del conjunto, ya ha sido acogida por nuestros tribunales⁸⁷.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, sí podrían representar un perjuicio patrimonial injustificado, por ejemplo, aquellos pagos *upstream* que – además del principal – satisficiesen unos intereses tan gravosos (y sin justificación alguna en el contexto de la política de dirección unitaria y de interés del grupo que rige la actividad del conjunto) que bien pudieran calificarse de lesivos – en este caso sí, de forma injustificada – del patrimonio de la concursada y, por consiguiente, mereciesen la rescisión referida. Se trataría éste de uno de los que hemos denominado tan gráficamente como supuestos “patológicos” del uso del *cash pooling* (v. *infra*. 4). Fuera de esta categoría de supuestos “patológicos”, a nuestro juicio, no estaría justificado el éxito de la acción rescisoria. A los motivos anteriormente expuestos se une otro adicional que ya ha sido apuntado por algún autor específicamente en el contexto del ejercicio de la acción rescisoria en los grupos⁸⁸. Y es que, no debemos olvidar que la rescisión concursal

86 Como expresa LÓPEZ APARCERO, A. Concepto de grupo de sociedades y concurso. *ADC*, 2012, p. 251 y ss., “salvo supuestos límites, estos perjuicios causados al amparo del «interés del grupo» no pueden ser objeto de reintegración si tienen la cobertura de la ventaja compensatoria”.

87 La idea del interés del grupo ya viene siendo reconocida, precisamente en el ámbito concursal, por nuestros jueces en el ámbito de las *upstreamguarantees*: V. STS de 8 nov. 2012; también es interesante por explícita la SJM de 8 nov. 2011. Véanse los trabajos de: VILLORIA, I. La reintegración de las garantías prestadas por deuda a cargo de sociedades del grupo, p. 209 y ss., en especial, p. 219; MARTÍNEZ RUÍZ, L., El interés del grupo de sociedades y la acción rescisoria concursal, p. 273 y ss., en especial, p. 279 y ss. Ambos en: AA.VV. *La reintegración de la masa (congreso concursal de Antequera)*. Dirs: Beltrán, E.; Sanjuán, E. Civitas, abr. 2012; PÉREZ BENÍTEZ, op. cit., p. 161 y ss. De forma análoga, aunque fuera del ámbito subjetivo del grupo, nuestras Audiencias Provinciales también han considerado “justificado” que un socio otorgue financiación a su sociedad (v. SAP de Pontevedrade 18 nov. 2009).

88 SEBASTIÁN QUETGLÁS, R. *El concurso del grupo de sociedades*. Civitas, 2009, p. 346.

“pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la *par condicio creditorum*, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a quienes se debe pagar”⁸⁹. Sin embargo, el principal efecto jurídico del éxito de la acción rescisoria es la ineficacia del acto impugnado y la obligación de restitución de las prestaciones realizadas por las partes, con sus respectivos intereses y frutos (art. 73.1 LC), y ello determina que el acreedor tendrá derecho a recibir con cargo a la masa y de forma simultánea la reintegración de los bienes del acto rescindido. Solo prevé el artículo 71 LC en su apartado tercero un régimen de subordinación si éste hubiese actuado de mala fe. De este modo, si la mala fe del acreedor (*pooler*) no pudiera acreditarse – posibilidad que parece más factible en los casos que denominamos “patológicos” – podría acabar la administración concursal concediéndole un mejor trato del que recibiría con la mera postergación de su crédito⁹⁰.

3.3.3. Una reflexión final acerca de la potencial calificación de las operaciones de cash pooling como “acto ordinario”.

Aun cuando nuestras consideraciones, como ya hemos reiterado con anterioridad, no dejan de ser meramente aproximativas, creemos que la problemática expuesta requiere reflexionar sobre si en este contexto los flujos habidos con ocasión del contrato de *cash pooling* debieran recibir la calificación de “ordinarios” en la actividad del deudor (cfr. art. 71.5º LC). Se trata de un tema muy trascendente, pues no sólo eliminaría la problemática referida sobre la presunción de perjuicio que se cierne sobre su operativa, sino que excluiría apriorísticamente la posibilidad de ejercitar dicha acción rescisoria, a

89 SANCHO GARGALLO, op. cit., p. 1143, y nota al pie 572, citando numerosas sentencias de audiencias provinciales constatando esta finalidad.

90 Esta cuestión –aunque no en relación con el *cash pooling*– ya se la planteaba SEBASTIÁN QUETGLÁS, ob. cit., p. 346.

salvo, claro está, de que aquellos actos (flujos) no hubieran sido llevados a cabo en “condiciones normales”.

El principal argumento en contra de aquella calificación su- byace en la estricta noción que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria defiende de lo que debe considerarse “acto ordinario”. Como se sabe, este término se vincula estrechamente a la noción de objeto social, comprendiendo aquellos actos derivados de la actividad profesional o empresarial. Además, se exige que estos actos hayan sido realizados en “condiciones normales”, lo que desde un punto de vista económico se corresponde con la manera habitual de llevar a cabo este tipo de actos⁹¹. Parece así que, de no estar incluida la actividad de financiación propia del *cash pooling* en el objeto social de las participantes en el *pool*, en principio, quedaría descartada su subsunción en aquella categoría de “actos ordinarios” que escapan a la acción rescisoria.

Sin embargo, también existen voces que, abogando por una concepción más amplia de lo que representa un “acto ordinario” entienden que “en el caso de las sociedades, la actividad empresarial no sólo vendrá determinada por lo descrito en sus estatutos al establecer el objeto social, sino que habrá que complementarlo con la actividad que realmente realice la empresa”⁹². Precisamente, conjugar esta concepción más amplia de “acto ordinario” con la específica realidad del grupo y del funcionamiento del *cash pooling*, exige plantearse – si- quiera a grandes trazos – algunas reflexiones adicionales, máxime cuando alguna importante Audiencia Provincial, precisamente en un supuesto de compensación en cuenta corriente con un contrato de financiación – línea de crédito – como fondo, figuras ambas con elementos en común con el contrato de *cash pooling*, ha entendido que

91 Por todos, v. LEÓN SANZ. *Comentario al art. 71*. cit., p. 1314, quien añade que debe valorarse igualmente si ese operar responde a la manera usual de realizar esas operaciones por comparación con otras realizadas anteriormente con el deudor, y si esa operativa es la usual en el sector económico en que se desenvuelve dicha persona.

92 SANCHO GARGALLO, op. cit., p. 1190.

los pagos realizados por el deudor en el periodo sospechoso podían considerarse “excluidos de la rescisión concursal por virtud del artículo 71.5 LC, por tratarse de acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias”⁹³. Así, creemos que tras la incorporación de una sociedad a un sistema de financiación tan altamente centralizado como es el *cash pooling*, del que participa diariamente haciéndole fluir toda su liquidez (otorgando así al grupo asistencia financiera) y recibiendo, en su caso, la liquidez de la que carece, no es del todo desacertado colegir que esa función de asistencia financiera pasará a formar parte de la “actividad que realmente realiza la empresa”⁹⁴. De hecho, todas sus prestaciones de bienes y servicios vendrán desde aquél momento condicionadas por la tesorería de que el grupo la provea con carácter diario y corriente. Por ello, las consideraciones que ya venimos efectuando desde hace tiempo sobre la necesidad de observar al grupo desde la concreta realidad económica que representa y la necesidad de interpretar conforme a esa realidad nuestra normativa (tal y como predica el propio art. 3.1 CC) se plantean aquí de nuevo pertinentes para valorar si las operaciones propias del sistema de *cash pooling* merecen la calificación de “ordinarias”:

Cuando una sociedad forma parte de un grupo, la consecución de su objeto y de su propio interés social se ve mediatizado por la consecución del interés del conjunto (el interés del grupo)⁹⁵. Par-

93 SAP de Barcelona (15ª), de 30 marzo 2009. Otra sentencia de la misma Audiencia, de 8 de enero de 2009, atribuye también el mismo carácter de “actos ordinarios” a una serie de pagos en devolución de un préstamo por tratarse, dice, de “pagos regulares, fraccionados mensualmente, durante el año anterior a la declaración de concurso, para la devolución de los préstamos otorgados por el acreedor financiero que ha venido contribuyendo a la viabilidad de la sociedad, valorando asimismo a estos efectos que no se ha pagado la totalidad de la deuda financiera, ni se ha realizado un único pago o varios pagos en amortización de deuda de forma precipitada ante el advenimiento de la insolvencia”.

94 V. últ. cita.

95 V. nuestro trabajo *Grupos de sociedades y protección de acreedores*, cit., en especial, p. 134 y ss.

tiendo de esta premisa, su incorporación a un sistema de financiación interna tan fuertemente centralizada como resulta ser un sistema de *cash pooling*, debiera permitir entender que, junto a las actividades específicamente señaladas en los estatutos como constitutivas de su objeto social, la sociedad pasará a prestar también como parte de su actividad habitual, en aras de la consecución de su propio interés social – mediatizado y coordinado necesariamente con el interés del grupo –, asistencia financiera al conjunto del grupo⁹⁶. Conjugar esta premisa con una noción amplia de “acto ordinario”, debiera permitir considerar estos flujos de liquidez como parte de la actividad ordinaria de la empresa.

En cualquier caso, no se debe olvidar que la interpretación propuesta no excluye el ejercicio de acciones rescisorias frente a estas operaciones, sino que lo limita, únicamente, a aquéllas se hayan realizado en condiciones que “no son normales”.

4. MANIFESTACIONES PATOLÓGICAS DEL *CASH POOLING*

4.1. Planteamiento.

La jurisprudencia laboral ha abordado la realidad de los grupos de sociedades desde una concepción bien distinta a la de la juris-

96 Algunos autores (aunque sin referirse específicamente al *cash pooling*), con relación a los habituales otorgamientos de garantías y préstamos intragrupo, ya se han manifestado a favor de considerar este tipo de operaciones como “actos ordinarios”: LÓPEZ APARCERO, ob. cit., p. 251 y ss.: “en caso de grupo, la excepción del artículo 71.5.1 habría que entenderla ampliada a las operaciones de tráfico que, más allá del objeto social de la concursada, tengan amparo en el interés del grupo, ya se trate de operaciones realizadas con otras sociedades del grupo, en condiciones especiales, o con terceros por cuenta del grupo”. No obstante, en contra–aunque tampoco se refiere al *cash pooling* – PÉREZ BENÍTEZ, op. cit., p. 164, en relación con el otorgamiento de garantías advierte que “en estas operaciones, por necesaria que sea para la propia identificación del concepto de grupo la estrategia común de financiación y por frecuentes que puedan ser las operaciones vinculadas, me parece llano que se opera fuera de la causa enervatoria del perjuicio consistente en la realización de actos ordinarios de la actividad empresarial (art. 71.5.1^o) cuyo ámbito de aplicación se sabe limitado”.

prudencia del orden civil (cuando menos, la más reciente)⁹⁷. Aquélla doctrina observa al grupo como un único sujeto de responsabilidad y equipara los conceptos de “caja única” y “confusión de patrimonios”, considerándolos elementos “definidores” del concepto de grupo de sociedades “a efectos laborales”⁹⁸. Tales “efectos” implican en la práctica extender, habitualmente de forma horizontal, esto es, implicando a todas las sociedades del grupo, la responsabilidad por los salarios de los trabajadores de una o varias de ellas⁹⁹.

Esta visión claramente patológica del principio de “caja única”, que en ocasiones ni siquiera representa un *cash pooling*en sentido propio¹⁰⁰, a nuestro juicio no debe trasladarse a la concepción

97 Sobre la evolución de la jurisprudencia civil en torno al levantamiento del velo, nos permitimos el reenvío a nuestro trabajo: El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores. *RdS*. núm. 28, 2007, p. 351 y ss.

98 Así por ejemplo, la STS de 27 mayo 2013, sienta unos principios sobre lo que la doctrina laboral entiende por “grupo de empresas” que muy poco tiene que ver con el concepto mercantil del fenómeno: “*la declaración del grupo de empresas a efectos laborales conlleva la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo*”, y “*los grupos de empresas a efectos laborales son una creación judicial que requiere la concurrencia de ciertos elementos de confusión entre las empresas: (i) funcionamiento unitario o unidad de dirección; (ii) confusión de plantilla; (iii) confusión de patrimonios o caja única; o (iv) apariencia externa de unidad empresarial*”.

99 En el campo jurídico-laboral impera la regla de la solidaridad en la responsabilidad por parte de todas las sociedades del grupo frente al acreedor de una de ellas (*vid.* CAMPS RUIZ. La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades. En: *Aspectos laborales de los grupos de empresa (Cuadernos de Derecho Judicial, V)*. Madrid: 1994, p. 9 y ss.), si bien esta regla, a decir de nuestra doctrina, “carece de relieve en el sector mercantil” (EMBID IRUJO, J.M. Protección de acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la persona jurídica. *RdS*. núm. 11, p. 370). Puede verse un estudio riguroso y bastante reciente sobre los específicos presupuestos que se barajan en el ámbito de lo social para proceder al levantamiento del velo en los grupos en DESDENTADO DAROCA, E. *La personificación del empresario laboral (problemas sustantivos y procesales)*. Dykinson, 2006, p. 475 y ss.

100 Podemos encontrarnos ante situaciones de “caja única” sin que exista un sistema de centralización de tesorería destinado a mejorar la financiación de los miembros del grupo. Simplemente, existen casos en nuestra jurisprudencia en que la “caja única” se refiere a supuestos en el que los pagos de las distintas operaciones de las entidades que componen el grupo se llevan a cabo por uno solo de sus miembros (sin que éste necesariamente sea el “gestor” ni receptor de la tesorería) o simplemente en casos donde los pagos a acreedores y trabajadores de las

que, en el ámbito mercantil, deba tenerse del fenómeno, cuando menos, si éste se desarrolla y opera de forma ordenada y legítima conforme a lo ya explicado en este trabajo. Aunque el *cash pooling* también puede implicar la prestación de un servicio de “caja única” por parte de la *pooler*¹⁰¹ (centralizándose en su cuenta corriente centralizada todos los pagos de las distintas sociedades que componen el grupo), no debe confundirse ese subtipo, si se quiere, de *cash pool* con un mecanismo jurídico creado y destinado a vaciar o alterar físicamente la tesorería de las entidades. El *cash pooling*, como hemos tenido ocasión de ver, es algo bien distinto. Se trata de una herramienta jurídica que únicamente persigue gestionar (ordenadamente) la tesorería de todas las sociedades del grupo de forma conjunta, a fin de mejorar (y abaratar) la financiación del conjunto, evitar posiciones bancarias deudoras de sociedades del grupo con menor disposición de liquidez, y disponer de un mayor poder de negociación crediticia frente a terceros. Es decir, el *cash pooling* es una herramienta meramente organizativa que no tiene nada que ver con las operaciones (negociales) de cada una de las sociedades con terceros y/o entre sí, por lo que con ella no se puede modificar la gestión ordinaria de cada una de las filiales ni trasladar los fondos de una a otra sin que exista una justificación (operacional y contable) que respalde tal trasvase.

Partiendo de esta premisa, no queremos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que, por supuesto, la práctica del *cash pooling* puede manifestarse de forma “patológica”¹⁰². Sin embargo, esta consideración, aunque cierta en determinados casos, a nuestro

distintas sociedades que componen el grupo se llevan a cabo indistintamente por una u otra sociedad, sin atender correctamente –ni guardar registro contable ordenado – a la causa de tales pagos.

101 V. *in extenso* sobre esta modalidad DACCÒ, op. cit., en especial, p. 41 y ss.

102 Resulta aquí oportuno recordar que existe una doctrina minoritaria que considera que, en todo caso, la centralización de la tesorería en un grupo no puede considerarse una forma lícita de ejercicio de la dirección unitaria, en tanto, según esta opinión, ello conllevaría en todo caso una confusión patrimonial entre las distintas sociedades del grupo: GLIOZZI, E. Direzione unitaria di un gruppo di società e confusione di patrimoni”. En: *Giur. It.* 1996, I, 2, p. 536 y ss.

juicio no puede admitirse como una afirmación o regla general, sin examinar detenidamente el modelo empleado y su específica operativa. Como bien se ha apuntado, “en concreto, puede verificarse que muchas sociedades hacen fluir su liquidez a una caja común (constituyendo así un patrimonio común) a fin de financiar a las distintas sociedades “retratando” el beneficio de los préstamos concedidos, pero, en cualquier caso, llevando a cabo una actividad objetivamente económica. Esta hipótesis es perfectamente legítima, incluso si alguien tiene dudas, cuando se produce, como es el caso, en grupos, a través de un sistema de contratos de préstamo (o contratos atípicos de crédito) entre empresas del grupo y una sociedad especializada para esa labor o la matriz o holding misma, ya que las relaciones de crédito se rigen por contrato y no hay confusión de los activos de las empresas del grupo”¹⁰³. Dicho de otro modo, no es “lícito” otorgar un juicio de ilicitud a una institución como el *cash pooling* por el solo hecho de que ésta, en ocasiones, puede comportar o conllevar manifestaciones patológicas¹⁰⁴.

Sin embargo, como apuntábamos, la hipótesis de uso abusivo de esta institución no debe ser infravalorada, máxime cuando nos encontramos ante el concurso de una sociedad participante en el *pool*. Una vez más el carácter de este trabajo sólo nos permitirá apuntar unas breves reflexiones sobre algunas de las instituciones jurídicas que, en nuestro ordenamiento, pueden resultar aplicables para dirimir las responsabilidades o mitigar los efectos que un uso abusivo del *cash pooling* por parte de la matriz haya podido ocasionar a la sociedad participante concursada. Se tratan todas ellas de lo que podría calificarse, por contraposición a la que se denominadas “preventivas”, como medidas “sanatorias”.

Con carácter general, las instituciones que pueden permitir dirimir y/o mitigar los supuestos de abuso o negligencia en la gestión del *cash pooling* son: (i) la restitución indebida de aportaciones (si se

103 MONTALENTI, P. *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di corporate governance*. Padova: Cedam, 1999, p. 45 y ss.

104 DACCÒ, op. cit., p. 258; MIOLA, op. cit., p. 72.

dan los presupuestos del art. 278 LSC) caso de haberse producido en virtud de la operativa del *pool* una distribución encubierta de beneficios; (ii) la rescisión ex art. 71 LC de los flujos (*upstream*) en pago de las remesas de liquidez recibidas y la consiguiente subordinación del crédito de la *pooler* que ha actuado de mala fe; (iii) la responsabilidad (societaria y, en su caso, concursal) de los administradores de la sociedad (filial) participante en el *pool* y de la sociedad (matriz) *pooler*. En tanto las dos primeras ya han sido referidas con anterioridad (*supra* 2 y 3), nos limitaremos a exponer las líneas generales de estas dos últimas.

Dicho esto, existe otro supuesto también calificable de “patológico” que, además, se produce con cierta frecuencia en la práctica. Y es que, una negligente gestión del *cash pooling* puede traducirse en una inadecuada (o falta de) llevanza de una correcta contabilidad de los flujos interpartes. Ello puede llegar a acarrear una confusión patrimonial entre las distintas sociedades del grupo. En este específico supuesto podrá resultar de aplicación la doctrina del *levantamiento del velo* en el ámbito de ese grupo y/o en su caso, la excepcional acumulación de procedimientos a que se refiere el art. 25 *ter.* 2º LC.

4.2. Medidas frente al uso “patológico” del pool.

Una gestión negligente o, si es el caso, abusiva del *pool* puede lógicamente acarrear daños patrimoniales a alguno de sus miembros. En tal caso, se nos plantea un problema análogo al ya abordado con carácter general a la hora de valorar la responsabilidad derivada de la impartición y asunción de instrucciones perjudiciales en el ejercicio (y acatamiento) de la dirección unitaria. Los daños patrimoniales infligidos a las sociedades, sus socios y/o acreedores con ocasión de la mala gestión del *pool* podrán ser dirimidos con el ejercicio correspondiente de las acciones de responsabilidad frente a los administradores (del *pool* y, en su caso, de la filial participante en el mismo) conforme a las reglas previstas en nuestro derecho de sociedades, si bien, atendiendo a la hora de valorar esas conductas, a la especificidad de la

realidad legítima que representa el grupo y la consecución de su interés (dentro de los márgenes que nuestro derecho de sociedades permite)¹⁰⁵. Igualmente, habrá que considerar en este contexto si la (negligente o abusiva) gestión del *pool* ha sido determinante para generar o agravar la insolvencia de la sociedad participante declarada en concurso. De este modo, junto a la responsabilidad civil propia de los administradores prevista en nuestro derecho de sociedades (arts. 238 y ss. LSC), habrá que valorar el potencial ejercicio de acciones de responsabilidad por deudas (de “cobertura del déficit”) ex artículo 172 *bis* LC frente a los administradores de la sociedad participante y, en su caso, frente a los de la propia sociedad *pooler*, si fuese el caso, en su condición de administradores de hecho¹⁰⁶.

Como ya apuntábamos anteriormente, el *cash pooling* ha sido vinculado en no pocas ocasiones con la confusión de patrimonios y el levantamiento del velo. Ahora bien, un *cash pooling* correctamente llevado implica efectuar una correcta contabilización de la tesorería. De hecho, la jurisprudencia francesa, que es la que más se ha ocupado de este concreto fenómeno patológico (la confusión patrimonial), ha establecido que sólo se verifica tal confusión si: (i) las partes (esto es, la sociedad dedicada a la gestión de la tesorería y las otras) no proceden a una correcta llevanza de la contabilidad y (ii) las distintas operaciones de tesorería no encuentran su adecuado reflejo en tal contabilidad¹⁰⁷.

105 Nos permitimos de nuevo el reenvío a nuestro trabajo *Grupos de sociedades y protección de acreedores*, cit., en especial, p. 197 y ss.

106 Ya hemos expuesto con suficiente detalle nuestra postura sobre la funcionalidad de la figura del administrador de hecho en los grupos de sociedades y sobre sus límites en nuestro trabajos: Una aproximación al administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades. En: AA.VV., *Segundo Seminario Harvard-Complutense de Derecho de sociedades: Conflictos de gobierno corporativo y derecho concursal*. Marcial Pons, 2005, p. 289 y ss.; y en *Grupos de sociedades y protección de acreedores*, cit., p. 250 y ss. A ellos nos remitimos.

107 Se puede ver un estudio detallado de esta doctrina jurisprudencial en DACCÒ, op. cit., p. 279

Sin embargo, en un *cash pooling* correctamente gestionado ninguna de estas circunstancias concurre. La *pooler* mantiene en su propia contabilidad una adecuada y correcta anotación de las distintas operaciones de tesorería. Así es como debe obrar, ya que el hecho de que la liquidez de todo el grupo se encuentre físicamente recogida por la *pooler* y utilizada para cubrir las necesidades del grupo, no es por sí sola circunstancia suficiente para configurar una confusión de patrimonios¹⁰⁸. En caso de que esta circunstancia se diese, dos institutos jurídicos distintos podrían resultar de aplicación: la doctrina del levantamiento del velo y la “excepcional” – tal y como la denomina la Ley – acumulación sustancial de concursos prevista en el artículo 25 *ter.* 2º LC. Aquella institución, el levantamiento del velo, es de sobra conocida y también es comúnmente sabido que la “confusión de patrimonios” representa uno de los grupos de casos o presupuestos de aplicación de la doctrina¹⁰⁹. Más novedosa – pero no menos compleja – es la recientemente incorporada institución de los concursos conexos y la oscura dicción que sobre las consecuencias – sustantivas – y el alcance que la “confusión de patrimonios” acarrea en ese contexto.

Como ya hemos apuntado en otro trabajo¹¹⁰ la última disposición en materia de concursos conexos la encontramos en el artículo 25 *ter* LC, cuya rúbrica, resulta equívoca. Tal precepto está orientado a la “*tramitación coordinada de los concursos*”, pero su contenido tiene un significado que puede ir mucho más allá del estrictamente procesal. La Ley descarta expresamente en el artículo 25 *ter.*1 LC la posibilidad de entender que, por sí misma, la tramitación conjunta de

108 DACCÒ, op. cit., p. 279.

109 En el marco de la anterior regulación concursal, la Sentencia de la Audiencia de Barcelona (15ª), de 28 de junio de 2011 confirmó una acumulación de concursos por confusión de masas en el seno de un grupo de sociedades aplicando la técnica del levantamiento del velo de las sociedades, confirmando lo que en el procedimiento habían ya realizado los administradores concursales.

110 SÁNCHEZ-CALERO, J.; FUENTES, M. La reforma concursal y los grupos de sociedades. *En torno a la reforma concursal: Congreso concursal y mercantil Salamanca*. Thomson-Civitas, 2012, p. 227 y ss., en especial, p. 241 y ss.

concurso conexos puede dar lugar a la pretensión de tratar de una manera unitaria o consolidada la masa activa o pasiva de las distintas sociedades en concurso. Sin embargo, esta regla general que hace explícito el alcance exclusivamente procesal de la tramitación coordinada de los concursos se ha visto atenuada por el – críptico – contenido del apartado segundo del mismo precepto. En éste se ha introducido una excepción o una matización – en función del alcance que se otorgue a la interpretación de este precepto – a aquella exclusión tajante de la consolidación sustantiva de las masas, cuando se dice que “*de forma excepcional, podrán consolidarse inventarios y listas de acreedores*”.

Esta afirmación resulta equívoca y podría interpretarse como una “*puerta abierta*” a la aplicación de la consolidación sustancial en el seno de los grupos. De hecho, a pesar del escaso tiempo que lleva en vigor la reforma, ya diversos autores han defendido esta interpretación¹¹¹, esto es, concebir el artículo 25 *ter.2* como una posibilidad de consolidar – con el carácter “*excepcional*” que exige la norma – las masas activas y pasivas de las diferentes sociedades concursadas como si de un solo deudor se tratara.

Nosotros ya hemos advertido que, aun constatando que la opinión mayoritaria de los autores que se han manifestado sobre el alcance del artículo 25 *ter. 2* LC lo hacen en términos de consolidación patrimonial o sustantiva, nos parece que, con todo, interpretaciones discordantes por parte de nuestros tribunales y doctrina científica son de esperar en tanto, a nuestro juicio, es cuestionable que la intención del legislador a la hora de incluir la mención del artículo 25 *ter.2* LC fuera la de otorgarle el alcance material que se le viene atribuyendo. Existen razones que justificarían otra línea interpretativa

111 Valpuesta Gastaminza, E. *Guía legislativa de la Ley concursal. Texto comparado y comentado, según la reforma de la Ley 38/2011*. Bosch, 2011, p.280; Yáñez Evangelista, J. El grupo de sociedades en la Ley concursal. En: AA.VV. *Tratado judicial de la insolvencia*. Dirs: Prendes Carril, P.; Muñoz Paredes, A. Aranzadi, 2012, t. II, p. 1053 y ss. cit. p. 1092; Díaz Moreno, A. Los concursos conexos. Oct. 2011, p. 5. En: “<http://www.gomezacebo-pombo.com>”.

más matizada, cual es, que el propio legislador ha querido limitar claramente el alcance de esa consolidación de inventarios y listas de acreedores (de carácter “*contable*”)¹¹² admitiéndola exclusivamente “*a los efectos de la elaboración del informe de la administración concursal*”. La limitación establecida por la norma recurriendo a la conocida expresión “*a los efectos de*” permitiría colegir que con este precepto el legislador, sencillamente, ha tratado de facilitar la labor de la administración concursal respecto a un fin temporal y objetivamente delimitado: la tarea de elaborar el informe. No obstante lo dicho, esta interpretación – hasta aquí, a nuestro juicio, correcta – exigiría que, una vez elaborado el informe con los inventarios y listas de acreedores “*consolidados*”, la administración concursal procediera al “*deslinde*” que *a priori* se había planteado como demasiado costoso o dilatado; exigencia ésta – en cuanto a tiempo y costes para la exigua masa activa – que quizá se interprete como excesiva por nuestros tribunales, quienes, presumiblemente, se decanten por la primera línea interpretativa expuesta: la de la incorporación de la institución de la consolidación sustancial de masas a nuestro ordenamiento concursal¹¹³.

112 Pulgar Ezquerro, El concurso de sociedades integradas en un grupo. Cit., p. 458.

113 En sentido similar, LÓPEZ APARCERO. Concepto de grupo de sociedades y concurso. Cit., p. 251 y ss., “... aunque el “`javascript:maf.doc.linkToDocument('RCL+2003+1748',%20'RCL_2003_1748_A_25_TER',%20'RCL+2003+1748*A.25_TER');`” \o “RCL\2003\1748” parece disponer que la consolidación se limite a la confección de las masas activa y pasiva del Informe de la administración concursal, es más razonable entender que ésta marcará la salida del concurso, pues no será fácil que, una vez realizada la consolidación, se puedan individualizar activos y pasivos en la solución de convenio o liquidativa del concurso”.

QUALIFICAÇÃO CONTRATUAL, EXERCÍCIO DE DIREITO DE PREFERÊNCIA EM GRUPOS SOCIETÁRIOS E BOA-FÉ OBJETIVA NA ALIENAÇÃO DE CONTROLE¹

CONTRACT QUALIFICATION, EXERCISE OF PRE-EMPTIVE RIGHTS IN COMPANY GROUPS AND OBJECTIVE GOOD-FAITH IN THE TRANSFER OF CORPORATE CONTROL

Gustavo Tepedino

Resumo: Trata-se de parecer a respeito da qualificação de contrato de alienação de controle social, bem como de cessão do exercício do direito de preferência à subscrição de ações, que toma por parâmetro valorativo o princípio da boa-fé objetiva aplicado ao direito empresarial.

Palavras-Chave: Qualificação contratual. Grupos societários. Direito de preferência. Boa-fé Objetiva.

Abstract: This is a legal opinion concerning the qualification of a contract of transfer of corporate control, as well as the exercise of pre-emptive rights to shares subscription, that takes into consideration objective good-faith applied to company law as its main parameter.

¹ Artigo recebido em 11.03.2015 e aceito em 26.10.2015.

Keywords: Contract qualification. Company groups. Pre-emptive rights. Objective good-faith.

Sumário: 1. Resumo da consulta. 2. Qualificação contratual. A causa ou função da compra e venda: alienação do controle de G a M mediante preço certo e determinado. 3. Inexistência de violação do direito de crédito de Z pelos Grupos A e B. Inexistência de desconsideração inversa da personalidade jurídica das sociedades afiliadas aos Grupos A e B para atingir W. 4. Inexistência de violação à boa-fé objetiva pelos Requeridos. Quebra da boa-fé objetiva por parte da Vendedora. 5. Resposta aos quesitos formulados.

1. Resumo da consulta.

Honra-nos a sociedade limitada W, por meio de conceituado escritório de advocacia, solicitando Opinião Doutrinária com base nos seguintes fatos:

Diversas sociedades, todas posteriormente sucedidas pela sociedade limitada Z (Requerente), firmaram com a sociedade anônima M Contrato de Compra de Ações (Contrato de Compra e Venda ou SPA) em 7 de junho de 2009, aditado em 7 de julho de 2009, em que figuraram como intervenientes anuentes W e a sociedade anônima C.

De acordo com o Contrato de Compra e Venda, Z se obrigou a vender a M ações representativas de 70,2421% do capital social com direito a voto da sociedade anônima G, grande empresa brasileira atuante no campo varejista de eletrônicos e eletrodomésticos.

M consiste em subsidiária integral de C, a qual, à época, já era a maior empresa varejista brasileira operando diversas cadeias de supermercados, hipermercados e lojas de conveniência, dentre outros negócios.

De acordo com os termos do Contrato de Compra e Venda, a Requerente deveria receber, como pagamento pela venda das ações

de emissão de G, uma parcela em dinheiro de R\$ 373.436.536,00 no momento do fechamento do negócio e uma parcela adicional de R\$ 451.085.424,00 devida no quarto aniversário da data de fechamento.

O Contrato de Compra e Venda previu, ainda, que a Requerente poderia, a seu critério, optar por receber o segundo pagamento na forma de um crédito para subscrever e pagar em ações preferenciais classe B a serem emitidas pela sociedade C, ao preço de R\$ 40,00 por ação. Além disso, a Requerente receberia um bônus de 10% sobre o montante fixado como segunda parcela da venda de suas ações da sociedade G, o que resultaria em crédito total de R\$ 496.193.966,00. As ações preferenciais Classe B estavam sujeitas ao Período de Restrição e deveriam ser gradualmente convertidas em ações preferenciais Classe A, que poderiam ser negociadas no mercado de ações.

Tendo em conta que, de acordo com a lei brasileira, os acionistas de uma companhia têm direito de preferência para subscrever novas ações emitidas pela companhia, W se comprometeu, na qualidade de acionista de C, a ceder para a Requerente seu direito de preferência à subscrição das ações preferenciais Classe B que seriam emitidas.

A Requerente, de fato, optou por receber a segunda parcela do preço na forma de um crédito para subscrever ações preferenciais Classe B da sociedade C e, efetivamente, subscreveu as ações preferenciais Classe B a que W teria direito em razão do seu direito de preferência, que foi cedido à Requerente.

Contudo, não foi possível à Requerente receber todo o seu crédito em ações preferenciais Classe B, já que outros acionistas da sociedade C, que não figuraram como parte nem interveniente do Contrato de Compra e Venda, também optaram por exercer seus direitos de preferência para subscrever ações preferenciais Classe B.

As Partes do Contrato de Compra e Venda previram, para essa hipótese, o pagamento do valor de R\$ 40,00 por ação classe B subscrita pelos demais acionistas de C.

Diante disso, a Requerente recebeu em dinheiro a diferença entre o seu crédito e o montante que efetivamente recebeu em ações preferenciais Classe B emitidas pela sociedade C, integralmente paga em outubro de 2009.

Irresignada, a Requerente instaurou procedimento arbitral em face de C, W, V (sociedade anônima sucessora de G) e sociedades integrantes dos grupos societários A e B, sustentando basicamente que teria direito a receber não apenas as ações preferenciais Classe B que poderiam ser subscritas por W em razão de seu direito de preferência, mas também aquelas que os acionistas de W e suas afiliadas estariam habilitados a subscrever em razão dos seus direitos de preferência como acionistas diretos da sociedade C. Embora tais pessoas não tenham assinado o Contrato de Compra e Venda, estariam a ele vinculadas em razão de pertencerem ao mesmo grupo econômico de C, de modo a permitir que a Requerente receba a maior parte de seu crédito em ações preferenciais Classe B.

Diante dos fatos narrados, indaga a Consulente acerca da legalidade, à luz do direito brasileiro e do Contrato de Compra e Venda celebrado, da conduta de W em entregar, como segunda parcela do preço de aquisição do controle acionário de G por M, ações Classe B da sociedade C relativas ao seu direito de preferência, tendo o restante sido pago em dinheiro, ao valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) por ação Classe B subscrita pelos demais acionistas diretos da sociedade C. Para responder a tais indagações, dividiu-se a presente Opinião Doutrinária em três eixos temáticos, abaixo desenvolvidos, aos quais se seguirão as respostas objetivas às indagações formuladas.

2. Qualificação contratual. A causa ou função da compra e venda: alienação do controle de GaM mediante preço certo e determinado.

O Contrato de Compra e Venda, objeto da controvérsia arbitral, teve por finalidade alienar o controle de G, de titularidade de Z,

correspondente a 86.982.965 de ações ordinárias ou 70,2421% do capital social de G, para M, subsidiária integral de C. Por outras palavras, no Contrato de Compra e Venda, a Vendedora Z se obrigou a transferir as Ações do Controle de G à sociedade M, livres e desembaraçadas, pelo preço certo e ajustado no negócio. Na dicção das Cláusulas 2.1 e 2.2:

2.1. Nos termos deste Contrato, as partes concordam em celebrar e/ou praticar os negócios jurídicos aqui previstos, com o objetivo de implementar, na Data de Fechamento, a compra, pela Compradora, de todas as 86.982.965 ações ordinárias detidas pela Vendedora e representativas do capital social de G, que será seguida de uma oferta pública obrigatória para aquisição das ações detidas pelos acionistas minoritários de G, de acordo com o Artigo 254-A da Lei da Sociedade por Ações.

2.2. Mediante os termos e sujeito às condições deste Contrato, a Vendedora, de modo irrevogável, neste ato concorda em vender, ceder, transferir, alienar e entregar à Compradora, livres e desembaraçadas de quaisquer Ônus, todas as 86.962.965 ações ordinárias de emissão de G, a serem por ela detidas, representativas de 72,2421% do capital social de G (as “Ações do Controle”), e a Compradora, neste ato concorda, de modo irrevogável, em comprar as Ações do Controle, mediante o pagamento do Preço de Aquisição do Controle. Na Data de Fechamento, 73.429.519 Ações do Controle, representativas de 84,4377% do total de Ações do Controle, e 59,3109% do capital social de G (as “Ações do Controle do Fechamento”), deverão ser transferidas pela Vendedora à Compradora, e as 13.533.446 Ações do Controle remanescentes, representativas de 15,5623% do total das Ações do Controle, e 10,9313% do capital social de G (as “Ações do Controle Remanescentes”), serão transferidas pela Vendedora à Compradora no terceiro Dia Útil imediatamente posterior à data em que a Reorganização for totalmente implementada (a “Segunda Data de Fechamento”), que, em nenhuma hipótese, será posterior a 21 de agosto de 2009, se de outro modo acordado por escrito entre as partes.

Cuida-se, como se vê, de contrato de compra e venda celebrado entre Z (Vendedora) e M (Compradora), cujo objeto consistia precisamente na alienação do controle de G. O Contrato de Compra e Venda disciplinou, ainda, a aquisição, pela Compradora, da participação dos minoritários de G, caso exercessem o direito legal de *tag along*² (Cláusulas 2.1.1³; 2.4⁴; 2.4.1⁵). Tal aquisição da participação dos minoritários obedeceria à mesma sistemática prevista para a aquisição das ações do controle, como se verá a seguir.

2 O *tag along*, regulado no art. 254-A, Lei das Sociedades Anônimas, traduz o direito de os minoritários venderem forçadamente suas ações na hipótese de alienação do bloco de controle, nas condições estipuladas em lei. Na doutrina clássica: “a alienação do controle de companhia aberta, realizada de modo direto ou indireto, somente poderá ser contratada sob condição de que o adquirente das ações que figuram no grupo de controle promova a oferta pública de aquisição de ações, com direito a voto, de propriedade dos demais acionistas da companhia, assegurando-lhe o preço equivalente, no mínimo, a 80% do valor pago por ação” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. II, p. 281).

3 Cláusula 2.1.1: “De modo a cumprir integralmente com o Artigo 254-A da Lei das Sociedades por Ações e com a Instrução CVM nº. 361/02, e qualquer outra legislação aplicável, a Compradora irá propor uma oferta pública de aquisição de ações dos acionistas minoritários de G, de acordo com a Cláusula 2.4 abaixo”.

4 Cláusula 2.4: “*Pedido de Registro perante a CVM*. Em até 30 (trinta) dias após a Data de Fechamento, a Compradora deverá protocolar perante a CVM um pedido de registro de oferta pública de aquisição de ações a ser realizada pela Compradora, cujo registro autorizará a compradora a iniciar uma oferta pública de aquisição de ações nos termos das leis brasileiras aplicáveis, para garantir o direito de venda conjunta (*tag-along*) dos acionistas minoritários de G, como consequência da transferência do controle de G, para todas as ações ordinárias emitidas e em circulação de G não detidas pela Vendedora, de acordo com o Artigo 254-A da Lei das Sociedades por Ações e com a Instrução CVM nº 361/02”.

5 Cláusula 2.4.1: “O preço a ser pago às ações ordinárias emitidas e em circulação de G não detidas pela Vendedora na oferta pública de aquisição de ações prevista na Cláusula 2.4 acima deverá ser um preço equivalente a 80% do preço de aquisição por ação pago à Vendedora, no valor de R\$ 7,5850 por ação e R\$ 279.443.346,00 no total, dos quais R\$ 126.563.464,00 serão pagos à vista e proporcionalmente à participação de cada cedente em G, mediante a transferência das ações à Compradora, e R\$ 152.879.883,00 serão pagos no quarto aniversário da Data de Fechamento, conforme detalhado abaixo. As condições de pagamento do preço de aquisição a ser pago na oferta pública de aquisição de ações a ser proposta de acordo a Cláusula 2.4 deverão ser as mesmas atribuídas às Ações do Controle da Vendedora, conforme descrito na Cláusula 2.3.1 acima, incluindo com relação à parcela à vista e à parcela em crédito do preço de aquisição”.

Em contraprestação à transferência do controle acionário de G, M se obrigou a efetuar o pagamento de preço certo e ajustado de R\$ 824.521.960,00, dos quais R\$ 373.436.536,00 seriam pagos à vista, e R\$ 451.085.424,00 no quarto aniversário da Data de Fechamento. Consoante o disposto nas Cláusulas 2.3 e 2.3.1 do Contrato de Compra e Venda:

2.3. O preço de aquisição das Ações do Controle, a ser pago à Vendedora, será de R\$ 9,4813 por Ação do Controle, totalizando o valor de R\$ 824.521.960,00 (o “Preço de Aquisição do Controle”), dos quais R\$ 373.436.536,00 serão pagos à vista, ressalvado que R\$ 245.121.874,45 (o “Pagamento do Fechamento”) serão pagos na Data de Fechamento e R\$ 128.314.661,55 (o “Pagamento Retido”) serão pagos na Data do Segundo Fechamento, e desde que na referida data as Ações do Controle Remanescentes tenham sido transferidas para a Entidade Brasileira; e (ii) R\$ 451.085.424,00 (o “Pagamento em Crédito”) serão pagos no quarto aniversário da Data de Fechamento, conforme detalhado na Cláusula 2.3.1 abaixo. O Pagamento Retido será depositado em uma conta caução no Banco X. 2 (dois) Dias Úteis após o recebimento pela Compradora da confirmação de que a conta caução foi aberta e a Compradora e a Vendedora acordarem uma versão final do contrato de caução (...).

Cláusula 2.3.1. O Pagamento em Crédito, no valor de R\$ 451.085.424,00, deverá ser pago pela Compradora à Vendedora, no quarto aniversário da Data de Fechamento, ajustado de acordo com a variação do CDI dentro do período compreendido entre o 90º dia após a Data Efetiva até o efetivo pagamento, *pro rata temporis*.

Da mesma forma, pela aquisição da participação dos minoritários, caso exercessem o *tag along*, estipulou-se o preço certo de R\$ 7,5850 por ação, no total de R\$ 279.433.346,00, dos quais R\$ 126.563.464,00 pagos à vista, proporcionalmente à participação de cada cedente em G, mediante a transferência de ações à Compradora, e R\$ 152.879.883,00 pagos no quarto aniversário da Data de Fechamento (Cláusula 2.4.1).

Note-se que o Contrato de Compra e Venda contou com a interveniência anuência de W e C (Considerando V⁶), as quais, portanto, tinham ciência do conteúdo contratual, assumindo algumas obrigações no negócio.

Da leitura das cláusulas contratuais acima transcritas, extrai-se que Z e M firmaram Contrato de Compra e Venda, no qual Z se obrigou a transferir o controle da G à sociedade Ma preço certo pactuado no contrato. Eis o sinalagma contratual, que define a comutatividade e a equação econômica estabelecida no negócio.

Mostram-se presentes, *in casu*, os elementos essenciais que qualificam o negócio em questão como compra e venda, quais sejam, o preço, a coisa e o consenso⁷. Dito diversamente, a causa ou função contratual, que permite a qualificação do negócio e a determinação da disciplina jurídica aplicável, consistia na transferência da coisa (ações representativas do controle acionário de G) em contraprestação ao pagamento de preço certo pela Compradora, a demonstrar os efeitos essenciais da compra e venda. Eis a vontade declarada pelas Partes no negócio, extraída da interpretação sistemática das cláusulas do

6 Considerando V: “C e W são partes intervenientes a este Contrato, para os fins de entre outras coisas, tomarem conhecimento dos termos e condições relativos ao aumento de capital de C, de forma a fazer com que o aumento de capital de C seja feito de acordo com os termos e condições deste Contrato”.

7 Na definição de Bevilacqua: “Compra e venda é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir a outra o domínio de uma coisa determinada, por certo preço em dinheiro ou valor fiduciário equivalente. (...) A compra e venda origina uma obrigação de dar; não opera a translação do domínio. (...) Consideram-se elementos essenciais do contrato de compra e venda: o consentimento das partes, a coisa e o preço (...)” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957, vol. IV, p. 232). V. tb. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, vol. III, p. 280: “O contrato de compra e venda, pela sua própria natureza, exige, como elementos integrantes: a coisa, o preço e o consentimento”. Cf., ainda, DE CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, vol. XVI, p. 8-9: “a compra e venda é o contrato em que um dos contratantes (chamado vendedor) se obriga a transferir ao outro (denominado comprador) o domínio de certa coisa (objeto do contrato), mediante o pagamento de certa importância em dinheiro (preço). Êsses são os elementos da compra e venda (...)”.

Contrato de Compra e Venda, a qual irá guiar o intérprete na compreensão do acordo estabelecido, em consonância com o disposto no art. 112⁸, Código Civil.

Tal singela constatação mostra-se fundamental para que se possa compreender a lógica da operação efetuada, pela qual se transferiu ativos acionários mediante o pagamento de quantia certa, afastando-se, portanto, da perspectiva do contrato de sociedade em que as partes aportam recursos para finalidade comum, repartindo contratualmente os riscos de tal associação. O contrato em exame consiste, pois, na compra e venda de ações, afastando-se tecnicamente da disciplina associativa própria de contratos societários. A associação, no direito brasileiro, corresponde ao contrato de sociedade, o qual se qualifica a partir da presença dos seguintes elementos essenciais: (i) a contribuição, pelos sócios, com bens e serviços; (ii) o exercício de atividade econômica comum; e (iii) a partilha dos lucros e das perdas⁹. Tais elementos encontram-se disciplinados no art. 981, *caput*, Código Civil, *in verbis*: “Art. 981. 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”.

8 “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

9 Como assinala Rubens Requião: “Além dos elementos que informam o contrato em geral, para os contratos sociais surgem requisitos específicos próprios das sociedades comerciais, de que podemos enumerar os seguintes: a) pluralidade de sócios; b) constituição do capital; c) *affectio societatis*; d) participação nos lucros e nas perdas. (...) O que não se permite (...) é a sociedade leonina, na qual os lucros ou perdas corram a favor ou a cargo de um sócio apenas, pois inexistente a sociedade” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. I, p. 289-290). Conforme observado em outra sede: “O contrato de sociedade deverá designar como objetivo comum a realização de uma ou mais atividades econômicas e a partilha entre os membros dos resultados. (...) Da definição legal extraem-se (...) elementos essenciais ao contrato de sociedade: (i) pluralidade de contratantes; (ii) contribuição dos integrantes para o exercício de atividade econômica; e (iii) coparticipação nos lucros e nas perdas. (...)” (TEPEDINO, Gustavo. et al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, vol. III, p. 38-39).

Mediante o contrato de sociedade, espécie de contrato associativo ou de colaboração, as partes concorrem para o alcance de escopo econômico comum, a partir da contribuição com bens ou capital, com vistas à partilha dos resultados (lucros e perdas).

Na hipótese, não se verificam os elementos essenciais típicos dos contratos associativos, que pudessem qualificar o negócio em exame como associação. De fato, não há contribuição, por parte de Z, com bens ou dinheiro para o capital social de C. Além disso, inexistente atividade econômica comum exercida por Z e M. Tampouco o Contrato de Compra e Venda regula a partilha de lucros e perdas.

Estabelecida tal premissa fática, que permite a qualificação jurídica da operação efetuada entre Z e M, vê-se que o Contrato de Compra e Venda em questão limitou-se a regular a alienação do controle de G da sociedade Z à sociedade M, pelo preço definido contratualmente. Nesta direção, o termo “associação”, referido textualmente no Contrato de Compra e Venda (Considerandos III¹⁰, IV¹¹; Cláusula 3.4¹²), não poderia ter qualquer pretensão qualificadora, devendo ser compreendido como a aquisição das ações de G, à luz dos efeitos essenciais do negócio de compra e venda identificados no caso concreto.

Em definitivo: não se configura, na espécie, contrato de sociedade, mas de compra e venda. A causa do contrato de sociedade,

10 Considerando III: “com o objetivo de integrar as atividades de Ce G, o que se acredita ser no melhor interesse de ambas, C e os Acionistas Controladores de G decidiram implementar a sua associação”.

11 Considerando IV: “C e os Acionistas Controladores de G concordaram em implementar a sua associação por meio da aquisição, pela Compradora, uma Afiliada de C controlada por C, das ações de G detidas pela Vendedora, que poderá ser seguida da contribuição, em um aumento de capital de C, de um crédito resultante de parte dos recursos recebidos pela Vendedora, como resultado da venda de suas ações em G para a Compradora”.

12 Cláusula 3.4. “A Vendedora, a Compradora, W e C neste ato reconhecem que é de seu melhor interesse implementar a associação entre C e G, de acordo com os termos e condições aqui previstos, e, para estes fins, é do melhor interesse das partes permitir que os detentores de crédito contra a Compradora integram as Ações Classe B com estes créditos”.

como aludido anteriormente, consiste na contribuição de bens e serviços para o exercício de atividade econômica comum, com a partilha dos resultados. Na espécie, Z não contribuiu para o capital social de C, apenas obteve o preço das ações alienadas em contraprestação à entrega das ações de controle de G.

Definida a qualificação do negócio como contrato de compra e venda, passa-se ao exame do preço estabelecido pelos contratantes, objeto de controvérsia entre as Partes do procedimento arbitral. No Contrato de Compra e Venda, ajustou-se que o preço de compra, no valor total de R\$ 824.521.960,00, seria pago em duas parcelas: a primeira à vista (R\$ 373.436.536,00); e a segunda, denominada “Pagamento em Crédito” (R\$ 451.085.424,00), por ocasião do quarto aniversário da Data de Fechamento (Cláusulas 2.3 e 2.3.1). O preço, portanto, era fixo, de antemão definido pelos contratantes, de modo que não havia incerteza quanto ao preço.

Sublinhe-se que o pagamento da segunda parcela do preço – repita-se, certo e determinado – poderia se constituir em dinheiro ou em ações preferenciais Classe B, que seriam emitidas pela C. Essas ações Classe B, entregues como parte do pagamento do preço, estavam sujeitas a Período de Restrição¹³, que impedia sua negociação, e seriam convertidas em ações Classe A, passando a ser negociáveis no mercado (Cláusula 4.2¹⁴). Consoante o disposto nas Cláusulas 3 e 3.1.1, que traduzem previsões atípicas em contrato de compra e venda, introduzidas legitimamente pela autonomia privada:

Cláusula 3. Aumento de capital social da C. 3.1. Em até 5 (cinco) Dias Úteis a partir da Data Efetiva, W deverá tomar as medidas necessárias para fazer com que o Conselho de Administração da C con-

13 “Período de restrição: “significa a restrição à venda, cessão ou transferência, direta ou indireta, sob qualquer forma, da titularidade das Ações Classe B”.

14 “4.2. As Ações Classe A recebidas como resultado da conversão de Ações Classe B referida na Cláusula 4.1 acima não estarão sujeitas a quaisquer restrições ou ao Período de Restrição, e farão jus a quaisquer e todos os direitos então atribuídos às Ações Classe A”.

voque uma Assembleia Geral de Acionistas de C, tendo como ordem do dia aprovar um aumento de capital social de C, no valor de R\$ 664.361.840,00, mediante a emissão de 16.609.046 ações preferenciais sem direito a voto, Classe B (as “Ações Classe B”), que (i) terão direito a (a) um dividendo fixo no valor de R\$ 0,01 por ação; e (b) preferência de reembolso no caso de liquidação de C; e (ii) estarão sujeitas (a) ao Período de Restrição de acordo com o disposto na Cláusula 3.1.1 abaixo; e (b) à conversão obrigatória em Ações Classe A.

3.1.1. As Ações Classe B deverão, mediante os termos e condições de sua emissão, ser convertidas em Ações Classe A, na proporção de uma ação Classe A para cada Ação Classe B então convertida. Adicionalmente, as Ações Classe B estarão sujeitas a um Período de Restrição, conforme indicado na Cláusula 4.1 abaixo.

Além disso, caso a Vendedora optasse por receber parte do preço em ações preferenciais Classe B da sociedade C (Cláusula 2.3.2¹⁵), receberia o prêmio de 10% sobre o valor total da segunda parcela, de acordo com o disposto na Cláusula 3.3.

Entretanto, na hipótese de a Vendedora optar por participar do aumento de capital de C, a quantidade de ações preferenciais classe B que seriam entregues a Z era incerta, pois dependido implemento da seguinte condição negativa – evento futuro, incerto e alheio à vontade dos contratantes: o não exercício legal da preferência pelos demais acionistas de C.

Dito diversamente, caso a Vendedora optasse por receber as ações classe B da sociedade C em pagamento de parte do preço, o

15 Cláusula 2.3.2. “Na hipótese da Vendedora decidir participar do aumento de capital social indicado na Cláusula 3 abaixo, e efetivamente participar do referido aumento de capital, um valor adicional será entregue como parte do Preço de Aquisição de Controle, de modo que referido preço inclua (i) o montante adicional de crédito indicado na Cláusula 3.3.1 abaixo, e (ii) qualquer pagamento feito aos acionistas de G, nos termos da Cláusula 4.2.1 abaixo, se houver”.

número de ações que receberia se afigurava incerto, vez que a sua determinação dependeria do implemento de evento futuro, incerto e alheio aos contratantes, denominado do ponto de vista técnico de condição¹⁶, especificamente o não exercício do direito de preferência, atribuído por lei, pelos demais acionistas de C, que não participaram do Contrato de Compra e Venda.

Nos termos avençados, caso a Vendedora optasse por converter seu crédito em ações, receberia parcialmente o seu crédito por meio da subscrição das ações preferenciais classe B da sociedade C relativas ao direito de preferência de W, que assumiu, no Contrato de Compra e Venda, a obrigação de ceder o seu direito de preferência na subscrição dessas ações.

Por outras palavras, o número de ações preferenciais classe B da sociedade C que viesse a ser oferecido a W, em razão de direito de preferência, seria transferido pela W à Vendedora, consoante o disposto na Cláusula 3.2: “3.2. W neste ato obriga-se a e concorda em ceder integralmente à Vendedora, sem qualquer custo, seu direito de preferência na subscrição de Ações Classe B”.

Entretanto, as ações que se inseriam no âmbito do direito de preferência dos demais acionistas de C, que não participaram do Contrato de Compra e Venda, tinham natureza incerta para a Vende-

16 Anota Pontes de Miranda: “O conceito de condição exige que o evento seja futuro; a tal pressuposto de ser *in futurum concepta* alude o art. 114; outrossim, à incerteza do evento. (...) Pela condição, faz-se dependente do futuro o efeito, sem que dependa do futuro o ato jurídico. (...) Com isso, põem-se em relevo os três elementos conceptuais: a) a subordinação da eficácia à cláusula; b) a futuridade do evento (acontecimento *lato sensu*); c) a incerteza objetiva” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, vol. 5, p. 100-105). V. tb. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, vol. I, p. 296-297: “Suspensivas, são as condições, quando têm por fim suspender, temporariamente, a eficácia do ato jurídico; resolutivas, quando têm por fim extinguir, depois de certo tempo, a relação jurídica criada pelo ato. (...) A *conditio* é uma declaração acessória da vontade, aposta a outra, que é principal. Regem-na os mesmos princípios estabelecidos para as declarações de vontade e, em particular, o da liberdade”.

dora, pois apenas seriam entregues se não fosse exercido esse direito de preferência pelo seu titular.

Observe-se, ao propósito, que a Compradora, tampouco W ou C, garantiram a entrega à Vendedora das ações preferenciais Classe B de C que seriam objeto do direito de preferência dos demais acionistas de C. Além disso, os demais acionistas de C sequer figuraram como parte ou interveniente do Contrato de Compra e Venda.

Nesse particular, cabe assinalar que, no direito brasileiro, o interveniente anuente toma ciência dos termos do negócio sem necessariamente assumir obrigações. O contrato torna-se, assim, oponível ao interveniente anuente, diferenciando-se sua posição jurídica, em razão do conhecimento do teor do contrato, da posição assumida por terceiros. Justamente por não contrair obrigações, restritas às partes contratantes, mostra-se corriqueira a figura do interveniente anuente, que assina o negócio apenas para ter ciência de seu conteúdo. Por tais razões, a Vendedora poderia, de modo simples, requerer a participação das sociedades afiliadas de A e B no Contrato de Compra e Venda, sobretudo em se tratando de sociedades do mesmo grupo, o que não ocorreu na espécie.

De outra parte, a Lei de Sociedades Anônimas, em seu art. 171¹⁷, investe os acionistas do direito de preferência na subscrição do

17 "Art. 171. Na proporção do número de ações que possuem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital. § 1º Se o capital for dividido em ações de diversas espécies ou classes e o aumento for feito por emissão de mais de uma espécie ou classe, observar-se-ão as seguintes normas: a) no caso de aumento, na mesma proporção, do número de ações de todas as espécies e classes existentes, cada acionista exercerá o direito de preferência sobre ações idênticas às de que for possuidor; b) se as ações emitidas forem de espécies e classes existentes, mas importarem alteração das respectivas proporções no capital social, a preferência será exercida sobre ações de espécies e classes idênticas às de que forem possuidores os acionistas, somente se estendendo às demais se aquelas forem insuficientes para lhes assegurar, no capital aumentado, a mesma proporção que tinham no capital antes do aumento; c) se houver emissão de ações de espécie ou classe diversa das existentes, cada acionista exercerá a preferência, na proporção do número de ações que possuir, sobre ações de todas as espécies e classes do aumento. § 2º No aumento mediante capitalização de créditos ou subscrição em bens, será sempre assegurado aos acionistas o direito de preferência e, se for o

aumento de capital, na proporção do número de ações que possuírem. A se considerar que apenas W participou do Contrato de Compra e Venda de Ações na qualidade de acionista de C e se obrigou a ceder seu direito de preferência, o exercício do direito legal de preferência pelos demais acionistas constituía evento futuro e incerto para aqueles que assinaram o Contrato de Compra e Venda, a consistir precisamente condição negativa à definição do número de ações preferenciais Classe B da sociedade C que seriam entregues à Vendedora. Daí se afirmar que a quantidade de ações dessa espécie e Classe que seria transferida à Vendedora se mostrava incerta, a depender do implemento dessa condição negativa, embora o preço da compra e venda fosse certo e determinado.

Caso os demais acionistas diretos de C exercessem a preferência, que a Lei de Sociedades Anônimas lhes assegurava (art. 171, LSA), M pagaria à Vendedora por cada ação subscrita e integralizada pelo acionista de C o valor de R\$ 40,00 (valor significativamente maior do que o preço das ações naquele momento, a demonstrar tratar-se de preço contratualmente garantido da compra e venda). A Cláusula 3.3, em seu item (ii), contempla essa possibilidade de paga-

caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao titular do crédito a ser capitalizado ou do bem a ser incorporado. § 3º Os acionistas terão direito de preferência para subscrição das emissões de debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e partes beneficiárias conversíveis em ações emitidas para alienação onerosa; mas na conversão desses títulos em ações, ou na outorga e no exercício de opção de compra de ações, não haverá direito de preferência. § 4º O estatuto ou a assembléia-geral fixará prazo de decadência, não inferior a 30 (trinta) dias, para o exercício do direito de preferência. § 5º No usufruto e no fideicomisso, o direito de preferência, quando não exercido pelo acionista até 10 (dez) dias antes do vencimento do prazo, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissário. § 6º O acionista poderá ceder seu direito de preferência. § 7º Na companhia aberta, o órgão que deliberar sobre a emissão mediante subscrição particular deverá dispor sobre as sobras de valores mobiliários não subscritos, podendo: a) mandar vendê-las em bolsa, em benefício da companhia; ou b) rateá-las, na proporção dos valores subscritos, entre os acionistas que tiverem pedido, no boletim ou lista de subscrição, reserva de sobras; nesse caso, a condição constará dos boletins e listas de subscrição e o saldo não rateado será vendido em bolsa, nos termos da alínea anterior. § 8º Na companhia fechada, será obrigatório o rateio previsto na alínea b do § 7º, podendo o saldo, se houver, ser subscrito por terceiros, de acordo com os critérios estabelecidos pela assembléia-geral ou pelos órgãos da administração.”

mento do preço em dinheiro caso os demais acionistas de C exerçam a preferência. Confira-se:

3.3. Na hipótese da Vendedora obrigar-se a e concordar em subscrever integralmente as Ações Classe B com relação às quais o direito de preferência da W tiver sido cedido à Vendedora, adicionalmente às Ações Classe B não subscritas por outros acionistas C como parte de seu direito de preferência (as “sobras”) equivalente à parcela em crédito do Preço de Aquisição do Controle, de acordo com o “Compromisso de Subscrição”, aqui anexado como Anexo 3.3, e efetivamente subscrever as Ações Classe B, conforme aqui previsto, então a parcela em crédito a ser paga pela Compradora, como parte do Preço de Aquisição do Controle, deverá ser aumentada em 10% de referida parcela, no valor de R\$ 45.108.542,00; de modo que o valor total de subscrição seja equivalente a R\$ 496.193.966,00, ressalvado que o total da parcela em crédito, incluindo o aumento de 10% aqui referido, deverá ser usado exclusivamente para fins de integralização das Ações Classe B. Para evitar qualquer dúvida, fica aqui esclarecido que (i) a Vendedora não terá que subscrever quaisquer sobras com a parcela à vista do Preço de Aquisição do Controle ou qualquer outro valor à vista que venha a ser pago à Vendedora e (ii) *o montante em dinheiro resultante da integralização das Ações Classe B por qualquer dos atuais acionistas de C será pago aos acionistas de G que subscreverem Ações Classe B, proporcionalmente à respectiva subscrição, mediante a homologação do aumento de capital de C, nos termos do Artigo 171, parágrafo 2º, da Lei das Sociedades por Ações, e implicará na redução proporcional do número de Ações Classe B a serem entregues a tais acionistas de G (grifo nosso).*

Como se depreende da Cláusula 3.3 (ii), os contratantes vislumbraram a possibilidade de os demais acionistas de C (terceiros em relação ao Contrato de Compra e Venda) exercerem a preferência, o que resultaria na diminuição do número de ações preferenciais Classe B transferidas à Vendedora, que seriam substituídas pelo dinheiro pago com a integralização das ações preferenciais Classe B efetivada pelos demais acionistas de C.

Por outro lado, a dicção da referida cláusula mostra-se ampla, referindo-se a “demais acionistas de C”, os quais incluem todos os acionistas diretos de C que não figuraram no Contrato de Compra e Venda, sem qualquer restrição, a denotar que os contratantes tinham ciência da possibilidade de os demais acionistas de C exercerem a preferência na subscrição e integralização das ações preferenciais Classe B.

Note-se que, na Cláusula 4.2.1, garantiu-se à Vendedora o valor de R\$ 40,00 por cada ação preferencial Classe B de C. Assim, tratando-se de ação preferencial Classe B integralizada pelos demais acionistas de C, a Compradora pagaria eventual diferença entre o valor da integralização (transferido à Vendedora) e o preço garantido de R\$ 40,00:

4.2.1. Caso o valor de mercado das Ações Classe A, calculado de acordo com a média ponderada do preço por volume em cada pregão, dentro dos 15 (quinze) pregões da BOVESPA imediatamente anteriores a cada data de liberação do Período de Restrição, seja inferior a um preço por Ação Classe A equivalente a R\$ 40,00 (quarenta Reais), devidamente ajustado de acordo com a variação da Taxa CDI, a partir da Data Efetiva até a respectiva data de liberação Período de Restrição, *a Compradora deverá pagar aos acionistas de C que subscreverem Ações Classe B, no segundo Dia Útil imediatamente seguinte a cada respectiva data de liberação do Período de Restrição, um valor equivalente a referida diferença, por Ação Classe B subscrita (a “Diferença”)*. Para evitar dúvidas, as disposições desta Cláusula 4.2.1 são um direito contratual e não um direito vinculado às Ações Classe B.

4.2.1.1. As partes neste ato acordam que, com relação às Ações Classe B a serem liberadas dentro de 5 (cinco) dias após a homologação do aumento de capital social de C resultante da emissão das Ações Classe B, o valor da respectiva Diferença é de R\$ 3,6927 por Ação Classe B, cujo valor será pago pela Compradora na mesma data de liberação referida nesta Cláusula 4.2.1.1.

Da análise sistemática das cláusulas contratuais, depreende-se que as Partes que assinaram o Contrato de Compra e Venda sabiam

que os demais acionistas de C poderiam subscrever as ações Classe B, em razão de seu direito legal de preferência. Por isso mesmo, a quantidade de ações preferenciais Classe B de C a ser entregue à Vendedora em pagamento de parte do preço do controle de G afigurava-se incerta aos contratantes, a depender do implemento da condição negativa, qual seja, o não exercício do direito legal de preferência pelos demais acionistas de C.

No caso concreto, as ações referentes ao direito de preferência de W, segundo informa a Consulente, foram entregues por Mãe Vendedora, correspondentes a 3.630.824 ações preferenciais Classe B de C.

Exercida a preferência pelos demais acionistas de C com relação ao conjunto das demais ações preferenciais Classe B emitidas por C, M satisfaz sua obrigação de pagar o preço da compra e venda, mediante o pagamento de R\$ 40,00 por cada ação subscreta e integralizada pelos demais acionistas de C, como ocorreu na hipótese.

Por se tratar de compra e venda com preço fixo, à Vendedora pouco importaria se as ações de C sofressem, por exemplo, abrupta queda de preço. O valor das ações, para fins contratuais, fora pré-fixado como parte do preço da venda. Nesse cenário, compreende-se o prêmio de 10% oferecido à Vendedora como estímulo à subscrição. E de fato, segundo informa a Consulente, a Vendedora, no curso das negociações, não pretendia obter o preço em ações, hipótese admitida após longas tratativas, e mediante o estabelecimento do valor, à época notoriamente superavaliado, de R\$ 40,00; e a depender de fator externo, ou seja, o não exercício do direito legal de preferência na subscrição de ações Classe B pelos demais acionistas de C.

No Contrato de Compra e Venda, apenas a W se obrigou a ceder seu direito de preferência. Os demais acionistas de C não assumiram a mesma obrigação, tampouco figuraram como partes do SPA, muito embora: (i) os vendedores tivessem pleno conhecimento e fosse notório que os acionistas de W eram também de C, figurando as sociedades afiliadas de A e B como controladores indiretos de C; (ii)

não se tivesse solicitado aos demais acionistas de C que figurassem como parte ou interveniente ou que houvesse a extensão do direito de preferência a eles.

Em síntese, pelas cláusulas contratuais, caso a Vendedora optasse por participar do aumento de capital de C, a quantidade de ações preferenciais Classe B a que faria jus seriam as ações objeto do direito de preferência de W. A entrega das demais ações relativas ao direito de preferência dos demais acionistas de C, terceiros em relação ao Contrato de Compra e Venda, tinha natureza incerta e dependia de evento alheio aos contratantes, especificamente o não exercício da preferência pelos demais acionistas de C, incluindo as afiliadas de A e B.

Ainda segundo o Contrato de Compra e Venda, se as ações Classe B transferidas por W não fossem suficientes ao pagamento da segunda parcela do preço, a M pagaria a diferença em dinheiro, o que ocorreu em outubro de 2009, em regular cumprimento de suas obrigações.

Por outro lado, caso fosse a intenção das Partes ceder o direito de preferência na subscrição de ações preferenciais Classe B da sociedade C de titularidade das sociedades afiliadas de A e B, teriam inserido cláusula expressa nesse sentido, (i) seja por representação, em que M, W ou C agiria em nome e no interesse das afiliadas de A e B, investido dos poderes de representação (arts. 115 a 120; e 653 e ss., Código Civil), de modo a vinculá-las ao negócio; (ii) seja mediante a participação dessas empresas como parte ou interveniente-anuente no Contrato de Compra e Venda, de modo que assumissem diretamente essa obrigação. Nenhuma dessas hipóteses se verificou *in casu*.

Aludida preferência para a aquisição de ações consiste, no ordenamento brasileiro, em direito fundamental do acionista¹⁸, cuja re-

18 Na lição clássica de Rubens Requião: “É justo que o antigo acionista, que inverteu cabedais confiando na companhia, tenha preferência na subscrição de novas ações, no caso de aumento

núncia dependeria de previsão contratual expressa¹⁹. Máxime nesse cenário contratual, em que a Vendedora conhecia os acionistas de C e a estrutura do grupo societário A e, a despeito disso, não exigiu a participação dos demais acionistas de C, nem previsão contratual expressa acerca da cessão do direito de preferência dos demais acionistas de C.

Nessa direção, destaque-se que o Contrato de Compra e Venda estipula, na Cláusula 10.7, que os direitos e obrigações nele conti-

do capital social. *Por isso, inscreve-se esse direito entre os direitos essenciais do acionista, no art. 109, IV(...)* O princípio geral é de que na proporção do número de ações que possuem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. II, p. 151, grifo nosso). V. tb. WALDECY LUCENA, José. *Das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, vol. II, p. 883-885: “o direito de preferência, melhor nomeado *direito de opção*, é um direito essencial, intangível, individual, oneroso, cedível, e que, como *corretivo majoritário*, visa coartar eventuais abusos perpetrados pela maioria em detrimento da minoria, mediante a manutenção da mesma participação proporcional no capital social de todos os acionistas, quando da subscrição de novas ações, emitidas em razão de aumento do capital da companhia (...)”. Na jurisprudência, cf.: “Em relação aos artigos da Lei das Sociedades Anônimas e dos Códigos Civil e Comercial, (...) versam sobre os *direitos essenciais dos acionistas, o direito de preferência para a subscrição do aumento de capital*, a responsabilidade extracontratual de indenizar e a interpretação dos contratos (...)” (BRASIL. STJ. AgRg no Ag nº 943777. 4ª Turma. Reator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 1 abr. 2008, grifo nosso).

19 Na jurisprudência, cf.: “Ação de anulação de transferência de ações em empresa de sociedade anônima. Alegada simulação e dissimulação, visando à quebra da paridade de controle acionário, que sempre teria existido na companhia entre dois blocos familiares. Sentença de improcedência. *Acordo dispondo sobre direito de preferência na compra de ações pertencentes a acionista minoritária, que dele não participou, não estando, portanto, vinculada à avença. Disposição sobre direito albeio. Invalidez. Simulação negocial não caracterizada*” (SÃO PAULO. TJSP. Embargos Infringentes nº 0276755-72.2009.8.26.0000. 7ª CDPri. Relator: Des. Walter Barone. Julgado em: 7 nov. 2013, grifo nosso); “Apelação. Societário. Ação Anulatória de Cláusula. Direito de Preferência. Transferência de Quotas Sociais. Operação que não se consubstanciou em mera reorganização societária. *Renúncia ao direito de preferência*. Vício de representação reconhecido. Inadmissível a prática de ato de disposição de direito por um único sócio da sociedade, quando previsto no contrato social representação qualificada. *Interpretação restritiva das cláusulas do contrato que prevalece quando da prática de atos dessa natureza. Renúncia ao direito de preferência anulada*. Incidência das disposições do Capítulo VI, art. 16 e parágrafos do Contrato Social. Recurso Provido em parte” (SÃO PAULO. TJSP. Ap. Cív. nº 9185873-13.2006.8.26.0000. 3ª CDPri. Relator: Des. Egidio Giacoia. Julgado em: 7 jun. 2011, grifo nosso)

dos não poderão ser cedidos ou transferidos a terceiros sem a prévia e expressa anuência das Partes, a confirmar a necessidade de regra contratual expressa no sentido de tornar obrigatória a entrega à Vendedora das ações preferenciais Classe B objeto do direito de preferência dos demais acionistas de C.

Quanto à ausência de participação dos demais acionistas de C no Contrato de Compra e Venda, adota-se, no direito contratual brasileiro, o princípio da relatividade dos pactos, segundo o qual o contrato vincula apenas aqueles que figuraram no ajuste como parte, não obrigando nem prejudicando terceiros²⁰. Pelo princípio da relatividade, os negócios jurídicos afiguram-se relativos, isto é, produzem os efeitos – criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas disciplinadas no contrato – apenas para as partes que assinaram o negócio. Como se verá adiante, nem mesmo na excepcional hipótese de responsabilização do chamado terceiro cúmplice, ou seja, do não contratante que participa do inadimplemento – o que não se caracterizou no caso concreto –, admite-se a extensão do conteúdo contratual a terceiro, cuidando-se tão somente da oponibilidade do dever legal de respeito ao crédito.

Deste modo, os demais acionistas de C, incluindo as afiliadas de A e B, apenas poderiam ser obrigados a transferir seu direito de preferência na subscrição de ações preferenciais Classe B da socie-

20 Na lição clássica de Carvalho Santos: “em regra, as obrigações não podem ser opostas a terceiros, nem por eles invocadas. É lógico que assim seja, porque sem o consentimento válido não pode ter existência o ato jurídico, nem por conseguinte, a obrigação, que, para essas pessoas que na sua formação não intervierem, é como se não existisse” (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, vol. XIII, p. 14). V. tb. Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, vol. III, p. 121-122 “O princípio geral é o de que os contratos não prejudicam a terceiros. Os seus benefícios ou as suas obrigações somente abrangem, de um modo direto, as partes que neles intervierem. Por terceiros entendem-se os que de modo algum não figuraram no contrato, excluídos do nosso estudo os casos em que os terceiros são expressamente nele visados, como no contrato por terceiro ou nas estipulações em favor de terceiro (...). Trata-se do princípio da relatividade dos contratos”.

dade C à Vendedora se tivessem assumido contratualmente essa obrigação.

De mais a mais, os demais acionistas de C, embora integrem o mesmo grupo econômico, possuem personalidade jurídica distinta e patrimônio autônomo, que não se confundem com a personalidade e o patrimônio daqueles que se obrigaram no Contrato de Compra e Venda, e hão de ser respeitados.

Prevalece no direito brasileiro a autonomia patrimonial das sociedades, que são dotadas de personalidade jurídica própria, distinta da dos seus sócios, e gozam de autonomia patrimonial²¹. Essa regra pode ser afastada apenas na hipótese de abuso de direito ou confusão patrimonial, a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para atingir o sócio que atuou fraudulentamente, o que, como se verá no item II, não se configurou na hipótese. Tampouco se caracterizou a desconsideração inversa da personalidade jurídica, na qual se desconsidera a personalidade jurídica dos sócios para atingir o patrimônio da sociedade, ambos integrantes do mesmo grupo econômico.

Por outro lado, repita-se que, na lógica contratual, ajustou-se que, caso M efetuasse o pagamento em dinheiro, na hipótese do

21 Assevera Carvalho de Mendonça: “As sociedades comerciais têm patrimônio seu, distinto do patrimônio de cada sócio. (...) As sociedades comerciais têm o patrimônio aplicado em sua própria vantagem. (...) Do fato de a sociedade ter patrimônio autônomo, seguem-se os corolários seguintes: (...) 1º) O patrimônio da sociedade serve de garantia exclusiva aos seus credores. (...) Os credores particulares dos sócios nenhum direito têm sobre esse patrimônio. (...)” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, vol. III, p. 104-105). V. tb. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, cit., vol. I, p. 382: “Adquirindo personalidade jurídica, diversas consequências úteis ocorrem à sociedade comercial. Entre elas podemos catalogar as mais expressivas no seguinte elenco: 1º) Considerar-se a sociedade uma pessoa, isto é, um sujeito ‘capaz de direitos e obrigações’. Pode estar em juízo por si, contrata e se obriga. (...) 2º) Tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualidade própria, os sócios que a constituírem com ela não se confundem, não adquirindo por isso a qualidade de comerciantes. (...) 3º) A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse patrimônio, seja qual for o tipo de sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo”.

exercício da preferência pelos demais acionistas de C que não figuraram como parte nem interveniente do Contrato de Compra e Venda, seria garantido o preço de R\$ 40,00 por cada ação Classe B, o qual funcionaria como preço garantido para a Vendedora.

Assim sendo, como visto anteriormente, o Contrato de Compra e Venda não assegurou a Z a posição de acionista de C tal como ocorreria em contrato de sociedade, tampouco lucros típicos do acionista com a valorização das ações acima de R\$ 40,00. Igualmente a Z não seria imputada qualquer depreciação por conta de eventual desvalorização do valor das ações no período subsequente ao fechamento da operação. Cuida-se, como se viu, de contrato de compra e venda, com preço certo e determinado. Não há contrato de sociedade, estando presente a causa ou função da compra e venda.

Pelas razões expostas, não se pode concluir, à luz do direito brasileiro, que o Contrato de Compra e Venda assegurou a Z a subscrição de ações preferenciais Classe B que poderiam ser subscritas pelos demais acionistas de C (minoritários e as afiliadas dos grupos A e B), que não figuraram como parte nem interveniente no negócio, garantindo a Z participação nos lucros de C, tal como se tratasse de contrato de sociedade.

3. Inexistência de violação do direito de crédito de Z pelos Grupos A e B. Inexistência de desconsideração inversa da personalidade jurídica das sociedades afiliadas aos Grupos A e B para atingir W.

Como aludido anteriormente, a relatividade dos contratos consiste em princípio fundamental do direito contratual brasileiro, de modo que os direitos e obrigações se circunscrevem àqueles que contrataram e figuraram como parte do negócio.

Z e M assinaram o Contrato de Compra e Venda como partes e We Cfiguraram como intervenientes anuentes, assumindo algumas

obrigações no negócio. Já os minoritários e as afiliadas de A e B não são parte nem intervenientes do Contrato de Compra e Venda.

A despeito de tal circunstância, alega a Requerente que as afiliadas de A e B estariam obrigadas a ceder seu direito de preferência na subscrição de ações preferenciais Classe B de C por duas razões fundamentais: (i) pela doutrina da tutela externa do crédito, as afiliadas de A e B deveriam se abster de violar o direito de crédito de Z, de modo a ceder o seu direito de preferência na subscrição das ações Classe B da sociedade C à sociedade Z, tal como se obrigou W no Contrato de Compra e Venda. A violação a esse dever de abstenção importaria responsabilidade solidária entre W e as afiliadas de A e B; e (ii) por força de suposto abuso de personalidade jurídica de W pelos seus controladores, haveria de se aplicar a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, com vistas a se desconsiderar a autonomia patrimonial das afiliadas de A e B para atingir o patrimônio de W. Tais fundamentos, contudo, não encontram acolhida no cenário contratual examinado, restando conseqüentemente desprovidos de apoio normativo no ordenamento brasileiro.

Com efeito, a teoria da tutela externa do crédito, também denominada eficácia externa das obrigações ou responsabilização civil do terceiro cúmplice, admite a responsabilização do terceiro que, em conluio com o devedor, viole o direito de crédito de outrem.²² Cuida-se de responsabilização decorrente do dever geral de respeito à posição creditória, a suscitar a oponibilidade do crédito perante terceiros não contratantes, circunstância que, evidentemente, não se confunde com a vinculação do conteúdo contratual a não contratantes, tendo em vista que o terceiro não se obrigou perante o credor, e, por força do princípio da relatividade dos pactos, não se encontra vinculado ao negócio.

22 Sobre o tema, v. SANTOS JUNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 499-500.

O terceiro, ao concorrer com o devedor para prática de condutaem lesão ao crédito alheio, viola o dever legal de respeito ao crédito, que, como qualquer outro bem jurídico, merece tutela²³. Por isso mesmo, o desrespeito pelo terceiro não contratante à posição contratual configura ilícito extracontratual. Aludido dever legal de respeito decorre do princípio da boa-fé objetiva, inspirado no princípio constitucional de solidariedade social, que impõe a terceiros que, caso conheçamo crédito, se abstenham de violá-lo.

Pode-se afirmar, diante disso, que a doutrina do terceiro cúmplice limita-se a criar ao terceiro o dever de abstenção (oponibilidade), não já estender obrigação contratual para terceiro (eficácia erga omnes), no caso a obrigação de ceder o direito de preferência a Z²⁴. Dito diversamente, a doutrina da tutela externa do crédito jamais teria a força de impor ao terceiro certo dever contratual contido em negócio do qual não participou, limitando-se a criar o dever de abstenção na violação ao crédito.

Daqui decorre que a responsabilização civil do chamado terceiro cúmplice resulta da violação ao dever legal de respeito, não já da infração a dever contratual. Ao terceiro não se estendem deveres estabelecidos no negócio do qual não participou, mas, ao revés,

23 Nesse sentido, cf. Pietro Perlingieri: “(...) é verdade que a obrigação é relação que interessa ao devedor e ao credor, mas também é verdade que esta relação tem relevância externa. Mesmo o crédito é, de um certo ponto de vista, um bem, um interesse juridicamente relevante, e enquanto tal deve ser respeitado por todos. Tome-se, como exemplo, o fato ilícito do terceiro que provoque a morte do devedor impedindo assim ao credor de satisfazer o próprio interesse; o dano do terceiro não configura um inadimplemento (o terceiro não era devedor), mas um fato ilícito relevante nos termos do art. 2.043” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142).

24 Na doutrina especializada: “a fonte do dever de respeito imposto aos terceiros – traduzido no dever negativo de não interferirem no direito de crédito alheio – deflui da lei (boa-fé objetiva), não já do contrato, cujos deveres e direitos permanecem circunscritos à esfera dos contratantes” (GRECO BANDEIRA, Paula. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2007, vol. 30, p. 108).

alcança-o o dever legal de respeito ao crédito, com fundamento na boa-fé objetiva e no princípio constitucional de solidariedade social, de modo a reforçar o dever de não violar direitos alheios que resulta do *neminem laedere*, positivado na cláusula geral do art. 186, Código Civil.

No caso concreto, as afiliadas dos Grupos A e B exerceram o direito legal de preferência, de sorte que não se verifica a prática de qualquer ilícito extracontratual que importasse a violação do crédito de Z. Por outras palavras, o exercício de direito fundamental conferido a acionista não poderia ensejar a responsabilização de seu titular. Por tais razões, revela-se inaplicável a teoria da tutela externa do crédito, de modo a afastar a responsabilização de W e das afiliadas de A e B pelo exercício do direito legal de preferência na subscrição de ações preferenciais Classe B da sociedade C por parte das afiliadas de A e B.

Por outro lado, na hipótese vertente, não se encontram presentes os pressupostos para a desconsideração inversa da personalidade jurídica, que pudesse ensejar a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios, os Grupos A e B, para atingir a sociedade controlada W.

Adesconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional no direito brasileiro, tendo em conta que se destina a afastar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, pilar essencial do sistema de crédito da ordem econômica²⁵.

Como é curial, a personalidade autônoma das pessoas jurídicas, não se limita à mera subjetividade, ou seja, à capacidade de se-

25 “(...) sua aplicação exige do magistrado imprescindível zelo e parcimônia, de modo a não vulgarizar sua utilização nos casos concretos que se apresentem, sob pena de impor a destruição do instituto da pessoa jurídica, de construção secular e de reconhecida importância para o desenvolvimento econômico das nações” (CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 81-82).

rem titulares de direitos e obrigações. De fato, à personalidade dos entes abstratos atribui-se sentido que transcende a subjetividade, consubstanciando-se em garantia derivada da tutela constitucional dos legítimos interesses privados, no âmbito da qual se apresenta o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas²⁶, regra do sistema jurídico brasileiro como já mencionado.

Inspirado na doutrina anglo-saxônica da *disregard of legal entity*, também referida como *lifting the corporate veil*, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não tem por escopo opor-se à atribuição de personalidade aos entes abstratos²⁷.

26 A respeito da autonomia patrimonial da sociedade anônima, aplicável às sociedades limitadas, v. a doutrina clássica de Tullio Ascarelli: “Os dois princípios que podemos hoje considerar fundamentais, enquanto deles decorre a maior parte das normas da sociedade anônima são o da responsabilidade limitada e o da divisão do capital em ações. O primeiro indica, em suma, a responsabilidade limitada do acionista pelas dívidas da sociedade, podendo-se exprimir, hoje, pela afirmação de que o acionista, embora ilimitadamente responsável perante a sociedade pelo que prometeu, não é, porém, responsável pelas dívidas sociais, pelas quais responde (e responde com todo o seu patrimônio, ou seja, ilimitadamente) a sociedade. Sociedade e acionista constituem distintos sujeitos jurídicos; nem o acionista pode obrigar a sociedade, nem a sociedade pode obrigar o acionista. Nome e sede da sociedade diferem do nome e domicílio do acionista; *separados são os patrimônios respectivos; os créditos do acionista não são os das sociedades; as dívidas da sociedade não são as do acionista; os bens da sociedade não estão no condomínio dos acionistas. A responsabilidade limitada coaduna-se, pois, com a personalidade jurídica da sociedade e com a rigorosa distinção entre o patrimônio do acionista e o da sociedade*” (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 319-320, grifo nosso).

27 Mostra-se significativa a advertência do primeiro comercialista brasileiro a defender a desconsideração no ordenamento pátrio: “Quando propugnamos pela divulgação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em nosso direito o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que a revestem os juízes norte-americanos, pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados; e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação” (REQUIÃO, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica*. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 410, p. 23, dez. 1969, republicado na mesma revista no vol. 803, ano 91, p. 763, set. 2002). Veja-se, nesta direção, tendência interpretativa de estudiosos reunidos na III Jornada de Direito Civil, traduzida no teor do enunciado de número 46: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade ou confusão patrimonial)”.

Vale dizer, a desconsideração da personalidade jurídica não tem por objetivo a anulação da personalidade ou a dissolução da pessoa jurídica, mas tão-somente a desconstituição de cenários reprovados socialmente. Supera-se o escudo protetor conferido pela pessoa jurídica, episodicamente, a fim de atribuir os efeitos de determinada relação obrigacional, instituída de forma fraudulenta ou abusiva, aos seus sócios ou administradores, os quais passam, por conseguinte, a responder com seu patrimônio por certa dívida determinada da pessoa jurídica.

Em face da importância da autonomia patrimonial no ordenamento brasileiro, a dissolução da pessoa jurídica como remédio à sua utilização fraudulenta foi inteiramente afastada pela disciplina em vigor, restando consagrada a desconsideração como medida pontual, específica, e não contraposta à garantia da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial²⁸, informadas pelo valor constitucional da livre iniciativa. O Código Civil, no afã de evitar que a desconsideração se tornasse, ela própria, instrumento de abusos, indicou requisitos precisos para a sua deflagração no art. 50, nos seguintes termos:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público

28 Na jurisprudência, cf.: “Incidência sobre bens dos sócios das firmas devedoras. Inexistência de dados objetivos concretos que permitam a aplicação da teoria da desconsideração da sociedade. *Necessidade de se respeitar a separação de patrimônios.* (...) De início, verifica-se que o acórdão recorrido está em harmonia com a orientação deste Sodalício, no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica é medida de caráter excepcional, que somente pode ser decretada após a análise, no caso concreto, da existência de vícios que configurem abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (...)” (BRASIL. STJ. REsp nº 257599. Decisão Monocrática. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Julgado em: 21 dez. 2010, grifo nosso). “As sociedades por responsabilidade limitada existem exatamente para preservar o que é do sócio e ele não quis arriscar na atividade comercial. A separação dos patrimônios é perfeitamente lícita e a separação dos patrimônios constituída para isso mesmo, tendo com quem ele contrata ciência do que ocorre. Coisa diversa é quando existe a manobra artificiosa, o abuso de direito, visando a criar situações falsas, à margem da lei” (BRASIL. STJ. REsp nº 211.619/SP. 3ª T. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Julgado em: 16 fev. 2001).

quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica²⁹.

O preceito revela a preocupação do legislador em assegurar o caráter extraordinário do remédio da desconsideração, estabelecendo requisitos definidos e efeitos específicos.

Quanto aos requisitos, refere-se expressamente o Código Civil ao “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”. O legislador não se contenta com a mera referência ao ato abusivo, mas exige a sua caracterização por parâmetros objetivos, quais sejam, (i) o desvio de finalidade; ou (ii) a confusão patrimonial.

O desvio de finalidade se traduz no desrespeito ou dissonância do propósito que autorizou a constituição da pessoa jurídica³⁰.

29 A respeito destes requisitos específicos, aptos a deflagrarem a desconsideração da personalidade jurídica, esclareceu a seguinte decisão: “A desconsideração da personalidade jurídica, à luz da teoria maior acolhida em nosso ordenamento jurídico e encartada no art. 50 do Código Civil de 2002, reclama a ocorrência de abuso da personificação jurídica em virtude de excesso de mandato, a demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 2. A mudança de endereço da empresa executada não constitui motivo suficiente para a desconsideração da sua personalidade jurídica. (...) *Dessa sorte, à míngua de comprovação de fraude, abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial*, observa-se que a conclusão do Tribunal de origem está consonante com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior (...)” (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp nº 159889. 4ª T. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 15 out. 2013).

30 “Quanto aos comportamentos dos sócios que justificam a aplicação da *disregard doctrine*, é fundamental a prática de atos ilícitos por parte destes com dano a terceiros. Salienta-se que o ilícito não é praticado pela pessoa jurídica, mas apenas em seu nome, aparentando o ato validade e eficácia perante o terceiro lesado. Entretanto, a ilicitude é revelada pela conduta pessoal do sócio em busca de benefício próprio contrária à finalidade social do seu direito” (DE ASSUMPÇÃO ALVES, Alexandre Ferreira. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz do Direito Civil-Constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do*

Colhem-se, na jurisprudência, os seguintes exemplos de desvio de finalidade:

Quanto à primeira questão, as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de 'fachada', constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade COMBAIL LTDA, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora Recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa COMBAIL LTDA, o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica³¹.

O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.³²

(...) Concluído pelo Tribunal local, para assim aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, que a mencionada empresa apenas foi formada para assegurar a intangibilidade do patrimônio de outras empresas, inclusive o da falida, e que uma série de empresas foram criadas e acabaram falidas sem qualquer patrimônio capaz de atender aos credores, sempre envolvendo as pessoas da mesma família, caracterizando cabalmente o desvio de finalidade da sociedade e a confusão patrimonial (...)³³.

Já a confusão patrimonial – o *commingling of funds* da experiência norte-americana – caracteriza-se pela utilização efetiva do pa-

Consumidor e a disregard doctrine. Tese (Doutorado em Direito).Rio de Janeiro: 2003, p.142).

31 BRASIL. STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15166/BA. 2ª Turma. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em: 7 ago. 2003.

32 BRASIL. STJ. Agravo de Instrumento nº 1013845. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 12 ago. 2008.

33 BRASIL. STJ. AgRg no REsp nº 1305563. 4ª T. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 19 jun. 2012.

trimônio da pessoa jurídica em benefício direto e exclusivo de um dos sócios. Não se trata de interferências patrimoniais pontuais, que podem ocorrer lícitamente por meio de relações obrigacionais estabelecidas entre os sócios e a sociedade, mas de efetiva interpenetração das duas esferas patrimoniais. Desrespeitam-se, na confusão patrimonial, as linhas limítrofes entre o conjunto de bens da pessoa jurídica e o de seus membros, de tal maneira que a desconsideração se limita a atribuir efeitos jurídicos à situação faticamente preexistente.

Na normativa codificada, presente o abuso da personalidade por uma destas modalidades – o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial – os efeitos encontram-se precisamente apontados pelo legislador: “pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (art. 50, Código Civil).

Por se tratar de medida excepcional, a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica vem atribuída restritivamente ao juiz, e não de ofício, impondo-se o imprescindível e expresso requerimento da parte ou do Ministério Público³⁴, sendo certo que não há hipótese de desconsideração da personalidade jurídica sem pronunciamento jurisdicional. Além disso, exige-se do interessado prova cabal do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, não bastando a existência de meros indícios³⁵. Trata-se de limitação expressa no

34 “Na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito civil, é usual que, após o pedido da parte, já em sede de execução, o juiz defira a pretendida desconsideração e, por conseguinte, determine a penhora dos bens do sócio” (BRASIL. STJ. REsp. nº 686.112/RJ. Relator: Min. João Otávio de Noronha. 4ª T. Julgado em: 8 abr. 2008).

35 “A desconsideração da personalidade jurídica é medida utilizada quando constatado que os sócios ou administradores de uma pessoa jurídica estão se utilizando desta para ganho indevido ou prejuízo de terceiros, sobretudo quando constatada a prática de atos de desvio de finalidade, dissolução irregular da sociedade ou confusão patrimonial, consoante dispõe o art. 50, do Código Civil: (...) *Nesta linha, a desconsideração é a exceção à regra, aplicável apenas nas restritas hipóteses em que comprovada a ocorrência dos requisitos elencados pelo aludido dis-*

exercício do poder de desconsideração, que se explica justamente por sua excepcionalidade e pela garantia de autonomia patrimonial da pessoa jurídica, expressão da tutela constitucional da livre iniciativa.

Institui-se, assim, duplo controle de legitimidade para o drástico remédio. Em primeiro lugar, por parte do juiz, que *pode* decidir pela desconsideração, após valorar o caso concreto, não se vislumbrando na dicção legal um *dever* a ele imposto. Em seguida, requer-se a iniciativa da “parte, ou do Ministério Público”, de cuja intervenção depende a desconsideração pelo juízo.

Ainda com relação aos efeitos, distanciando-se da dissolução da personalidade jurídica, o Código Civil aludiu, expressamente, como consequência da aplicação do art. 50, à extensão aos administradores ou sócios dos “efeitos de certas e determinadas relações de

positivo legal (...). No caso em exame, mostra-se descabida a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, *porquanto não verificados os requisitos necessários para tanto, sobretudo porque não comprovado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial*. Destaca-se que o fato de a empresa ter encerrado as suas atividades sem providenciar a comunicação aos órgãos competentes não é suficiente, por si só, para caracterizar o desvio de finalidade” (RIO GRANDE DO SUL. TJRS, AI nº 70057598369. 20ª CC. Relatora: Des. Walda Maria Melo Pierro. Julgado em: 3 dez. 2013, grifo nosso). Na mesma direção: “(...) *A disregard doctrine exige a ocorrência de abuso de direito, fraude contra credores, desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Instituto de incidência restrita que demanda prova idônea de abuso de direito através do uso da pessoa jurídica*. Retirada do véu da pessoa jurídica somente em casos específicos para poder atingir o patrimônio dos sócios. Sociedade empresária que encontra-se com sua situação cadastral ativa e com a modificação do logradouro de funcionamento registrada. Eventual ausência de bens, que, por si só, não é suficiente para caracterizar gestão fraudulenta. Provimento do recurso, na forma do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil” (RIO DE JANEIRO. TJRJ. AI nº 0059033-62.2013.8.19.0000. 15ª CC. Relator: Des. Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em: 5 dez. 2013, grifo nosso). E ainda: RIO DE JANEIRO. TJRJ. AI nº 0053772-19.2013.8.19.0000. 5ª CC. Relator: Des. Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em: 22 out. 2013. Assim, também, Sérgio Campinho: “Somente se verificando a prova cabal e incontroversa da fraude ou do abuso de direito, perpetrado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica é que se admite a sua aplicação, como forma de reprimir o uso indevido e abusivo da entidade jurídica. Simples indícios e presunções de ato abusivos ou fraudulentos, ou ainda a simples incapacidade econômica da pessoa jurídica, por si só, não autorizam a aplicação do instituto” (CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73).

obrigações”. Não se autoriza, portanto, no direito brasileiro, a desconstituição completa e irrestrita da pessoa jurídica, mas tão-somente a sua desconsideração episódica e pontual, para certas e determinadas relações obrigacionais praticadas abusivamente, seja por força do desvio de finalidade, seja por força da confusão patrimonial³⁶.

Nessa esteira, a jurisprudência brasileira também exige a configuração dos requisitos específicos que autorizem a desconsideração da personalidade jurídica, isto é, o abuso da personalidade jurídica na modalidade do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, reafirmando o seu caráter excepcional. É ver-se:

Assim, para a desconsideração da personalidade jurídica não basta a existência de um dano provocado pela sociedade ou pelo sócio ou de uma dívida por qualquer deles assumida. A pessoa jurídica tem existência própria, distinta das pessoas físicas que a compõem, e tem, imanente, o princípio da autonomia patrimonial, de sorte a, via de regra, não permitir a confusão entre seus bens e aqueles de seus sócios. A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica (...). Nesse contexto, o não recebimento, pelo credor, de seu crédito frente à sociedade, em decorrência da insuficiência de patrimônio social, não é requisito bastante para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica e consequente avanço sobre o patrimônio particular dos sócios³⁷.

36 “Não procede a suposição de que o instituto da despersonalização possa ser utilizado para neutralizar a manifestação de vontade dos fundadores da pessoa jurídica, ao criá-la. A desconsideração deve ser sempre episódica, circunscrita, restrita à prática da fraude” (PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as Pessoas Jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102). V. tb. DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I, p. 334-335: “Cumprir observar, todavia, que não se trata de decretar a nulidade ou a desconstituição da pessoa jurídica, senão, em dadas circunstâncias, proclamar-lhe a ineficácia, continuando a personalidade jurídica a subsistir para todo e qualquer ato”.

37 Confira-se a ementa: “(...) A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o

Na esteira dos mesmos fundamentos teóricos, discute-se aqui medida ainda mais excepcional no panorama do direito brasileiro, que se constitui na desconsideração inversa da personalidade jurídica. A excepcionalidade aqui adquire contornos mais intensos, vez que apenas se pode recorrer à desconsideração inversa da personalidade jurídica, em se tratando de grupo de sociedades, após frustrada a desconsideração direta (que visa a atingir o patrimônio do sócio ou administrador que praticou o ato fraudulento em nome da sociedade), revelada insuficiente ao atendimento dos interesses creditórios da parte prejudicada. A desconsideração inversa consiste, nessa direção, em etapa necessariamente posterior à etapa inicial da desconsideração direta, que determinará o ingresso no patrimônio de outra sociedade, terceira em relação ao negócio praticado, integrante do mesmo grupo econômico.

Cuida-se, portanto, de peculiar superação da autonomia patrimonial dos sócios para atingir a sociedade, diante dos seguintes pressupostos: (i) insolvência dos sócios da sociedade que celebrou o ato impugnado, de modo a tornar ineficaz a desconsideração direta da personalidade jurídica, a justificar o ingresso no patrimônio de outra sociedade do mesmo grupo econômico (na espécie, W); (ii) os requisitos deflagradores da desconsideração direta da personalidade jurídica, contidos no art. 50, Código Civil, especificamente o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial; e (iii) a existência de grupo econômico entre as sociedades em questão.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica – repita-se ainda uma vez – consiste, portanto, em medida excepcionalíssima no direito brasileiro, a qual apenas teria aplicação na hipótese de ine-

levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato. O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios (...) Recurso especial não conhecido” (BRASIL. STJ. REsp. 876.974.3ª T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 9 ago. 2007).

xistir outra solução capaz de satisfazer os interesses creditórios protegidos³⁸.

Desse modo, antes de se cogitar da desconsideração inversa da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sociedade da qual participa o sócio devedor, faz-se imprescindível descartar a possibilidade de desconsideração direta da personalidade jurídica. O ordenamento jurídico somente autoriza a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, mesmo diante dos pressupostos deflagradores para o afastamento da autonomia patrimonial, em caso de insolvência dos sócios da sociedade que praticou o ato impugnado, hipótese que tornaria inócua a desconsideração direta. Isso porque a desconsideração inversa, precisamente por atingir o patrimônio de distinta pessoa jurídica e não o dos administradores que agiram abusivamente, alcança a esfera jurídica de terceiros de boa-fé, isto é, os acionistas de outra sociedade (no caso, de W), os quais, embora não tenham qualquer relação com o suposto ato fraudulento praticado, veem seu patrimônio invadido com a desconsideração inversa. Dessa forma, a aplicação do instituto da desconsideração inversa deve ser utilizada ainda com maior cautela que a desconsideração direta, a qual alcança especificamente o patrimônio dos administradores que abusaram da personalidade jurídica.

No caso em exame, diante da solvência dos administradores que praticaram o ato de exercício da preferência na subscrição de ações preferenciais Classe B mostra-se ilegal a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades afiliadas de A e B para atingir a W.

38 “Fiel ao seu pensamento segundo o qual o *Durchgriff* [desconsideração inversa da personalidade jurídica], por quebrar o princípio de autonomia da pessoa jurídica, deve ser sempre uma exceção, salienta Serik que, a seu ver, para admissão do *Durchgriff* do sócio para a sociedade, as maiores exigências devem ser feitas: em especial quando, sem o desvio, sem a ‘desconsideração’, existia outra solução capaz de atender os interesses envolvidos, não se deverá recorrer a essa solução excepcional” (DE OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 342).

Como se não bastasse, embora W e as sociedades afiliadas de A e B integrem o mesmo grupo econômico, para que haja a descon sideração da personalidade jurídica da sociedade controladora para atingir a controlada ou o contrário, há que se demonstrar os requisitos que autorizam a utilização desse expediente excepcional contidos no art. 50 do Código Civil, o que não se verificou *in casu*.

Na espécie, não houve desvio de finalidade ou confusão patrimonial que autorizasse a descon sideração da personalidade de W para atingir os seus sócios.

Segundo os elementos fáticos colimados nesses autos, W se obrigou em nome próprio a ceder o seu direito legal de preferência de subscrição de ações Classe B da sociedade C, no Contrato de Compra e Venda no qual não figuraram como parte as sociedades afiliadas de A e B, o que não caracteriza desvio de finalidade. Cuida-se de exercício regular do direito de contratar, no âmbito da prática dos atos sociais, protegido pelo princípio constitucional da autonomia privada (art. 170, *caput*, C.R.).

De outra parte, como sublinhado anteriormente, o exercício do direito de preferência pelas afiliadas de A e B, em nome próprio, traduz exercício regular de direito atribuído por lei a essas sociedades (art. 171, Lei das Sociedades Anônimas), a afastar a caracterização de desvio de finalidade. As afiliadas de A e B apenas exerceram direito que a lei lhes reconhece, sem se valer da personalidade jurídica de W como instrumento para a prática de fraude.

De mais a mais, não há confusão entre os patrimônios de W e das sociedades afiliadas de A e B. Ambas as sociedades são dotadas de patrimônio próprio, inteiramente distintos, tendo apenas W assumido obrigação contratual.

Deste modo, a prevalecer o entendimento propugnado pela Requerente, em que o suposto ilícito contratual de um sócio de uma parte obriga todo o grupo econômico, sem qualquer promiscuidade ou abuso decorrente do controle, decretar-se-á o réquiem da autono-

mia patrimonial no direito brasileiro. No Brasil, ao revés, vige o princípio da autonomia patrimonial, com responsabilidade própria de cada sociedade, cada acionista e cada um dos administradores.

Pelo exposto, não se configuram, em definitivo, os pressupostos de incidência da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, ou seja, a comprovação da insolvência dos sócios da sociedade que praticou o ato impugnado; o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

4. Inexistência de violação à boa-fé objetiva pelos Requeridos. Quebra da boa-fé objetiva por parte da Vendedora.

Como visto, a Compradora efetuou integralmente o pagamento do preço das ações pelo controle de G com as ações relativas ao direito de preferência de W e o restante em dinheiro, ao preço de R\$ 40,00 por ação. Deste modo, as Requeridas se limitaram a cumprir o Contrato, com vistas a atingir o escopo econômico comum da contratação, imposto pelo princípio da boa-fé objetiva.

Como se sabe, o princípio da boa-fé objetiva, em sua função interpretativa, impõe a interpretação do conjunto das cláusulas contratuais segundo a vontade declarada, privilegiando a interpretação que atenda, de modo mais fiel, à finalidade comum pretendida pelos contratantes com o negócio³⁹.

39 Sobre a boa-fé, v. a página clássica de Karl Larenz: “A ‘boa-fé’ exige de cada um dos contratantes considerar como declarado por ambos e vigente como conteúdo do contrato e, portanto, como conforme ao seu sentido, e como pactuado objetivamente, de igual forma que se resultasse exigido no próprio contrato, tudo aquilo derivado não só de seu teor literal, senão da finalidade objetiva reconhecível do contrato, da conexão com seu sentido e de sua ideia fundamental; atendendo, no caso concreto, aos usos do tráfico existentes e aos interesses dos contratantes” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 118-119, tradução livre). No original: “La ‘buena fe’ exige de cada uno de los contratantes el considerar como declarado por ambos y vigente como contenido del contrato y, por tanto, como conforme a su sentido, y como pactado objetivamente, de igual forma que si resultase exigido en el contrato mismo, todo aquello derivado no sólo de su tenor literal, sino de

Para a identificação deste escopo econômico comum do contrato, releva ainda o contexto contratual, vale dizer, as negociações estabelecidas pelas partes, que antecederam a conclusão do negócio e suscitaram nos contratantes expectativas legítimas⁴⁰.

Na hipótese, como se examinou no item I, o negócio objetiva a alienação do controle de G aM, cuidando-se de contrato de compra e venda. Eis a finalidade comum pretendida pelos contratantes, que deverá guiar a interpretação das cláusulas que integram o negócio.

Essa perspectiva teleológica, permeada pela boa-fé objetiva, determina a criação de deveres anexos com ela compatíveis, destinados a otimizar a comutatividade e o equilíbrio contratual. Não se pode extrair do princípio da boa-fé objetiva deveres anexos destoantes do escopo comum, voltados exclusivamente para os interesses patrimoniais de uma das partes, com vistas à maximização de seus ganhos. Esta constituiria visão distorcida – porque unilateral –, da boa-fé objetiva, que contrariaria sua função no ordenamento jurídico brasileiro. Toda a construção doutrinária acerca da boa-fé objetiva volta-se justamente para a concretização do escopo econômico comum perseguido pelo contrato, refletido na comutatividade estabelecida, afastando-se interpretações ou percepções subjetivas que alterem o sinalagma ajustado, de modo a criar deveres anexos autônomos em benefício de uma das partes.

la finalidad objetiva reconocible del contrato, de la conexión con su sentido y de su idea fundamental; atendiendo, en el caso concreto, a los usos del tráfico existentes y a los intereses de los contratantes”.

40 Na doutrina especializada, cf.: “Os deveres jurídicos que surgem com o início das negociações contratuais decorrem, todos, da incidência do princípio da boa-fé. Não se encontrará quem conteste o fato de que quem negocia com vistas à formação de uma relação jurídica contratual deve agir de boa-fé. (...) É intuitivo que as mesmas exigências de conduta, típicas das relações jurídicas contratuais, que fazem surgir os denominados deveres jurídicos instrumentais ou secundários, devem ser estendidas à fase pré-contratual, quando estão as partes trocando informações e deliberando sobre constituírem ou não a relação jurídica contratual” (FICHTNER PEREIRA, Regis. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual: Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88).

Na espécie, a finalidade comum evidencia-se na análise das negociações entabuladas pelos contratantes. Segundo informa a Consultante, no decorrer das negociações, restou demonstrado que Z não desejava ser acionista de C. Isto porque Z teria vendido as ações preferenciais Classe B da sociedade C que foram cedidas por W pouco tempo após elasterem se tornado negociáveis, a evidenciar que o escopo do negócio celebrado constituía precisamente a compra e venda do controle de G, jamais a associação entre as partes.

Por outro lado, ainda no âmbito do princípio da boa-fé objetiva, não se revela aplicável à hipótese a teoria da aparência que pudesse vincular as afiliadas de A e B ao Contrato de Compra e Venda.

A teoria da aparência, no direito brasileiro, em decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva, inspirada no princípio constitucional de solidariedade social, tutela as expectativas geradas, no contato social, pela legítima confiança.

Na teoria da aparência, busca-se proteger a legítima confiança de terceiro que, acreditando na aparência de representação, contrata com o falso procurador. Este, de fato, suscita no terceiro a confiança de que age autorizado pelo representado, ensejando a aparência de legítima representação⁴¹. Em consequência, converte-se a representação aparente em efetiva, de modo a vincular o representado ao negócio firmado.

Exigem-se, para a incidência da teoria da aparência, os seguintes requisitos: (i) o representado há de contribuir, com sua ação ou omissão, para criar a aparência de representação; e (ii) o terceiro deve possuir a convicção quanto à existência de representação (boa-fé subjetiva), não podendo agir com má-fé ou descuidadamente, invocando representação que sequer se fazia aparentar.

41 TEPEDINO, Gustavo. Introdução: A Técnica da Representação e os Novos Princípios Contratuais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. X, p. 8-9.

Na hipótese, não se encontram presentes tais pressupostos de incidência da teoria da aparência. Conforme informa a Consulente, W agiu em nome próprio no decorrer das negociações e no momento de celebração do negócio, inexistindo aparência de representação.

Além disso, de acordo com a Consulente, A e B – supostamente representados por W – não praticaram qualquer ato, tampouco se abstiveram de determinada conduta, que pudesse contribuir para essa suposta aparência de representação.

Nessa direção, mostra-se equivocado afirmar que o fato de os Acordos de Acionistas de W e de C disporem que W constituiria “o único veículo existente para o exercício do co-controle da C pelo grupo A e B” e seus controladores deveriam “votar sempre em conjunto com W, acompanhando o voto de W em qualquer Assembleia Geral de C” não significa que a W assinou o Contrato de Compra e Venda em nome das afiliadas de A e B. Tais disposições limitam-se a disciplinar o exercício do controle de C por W, o que não afasta a possibilidade de W praticar atos sociais em nome próprio e em seu exclusivo interesse.

De outra parte, da Cláusula 4.2.1.2 do Contrato de Compra e Venda não se pode extrair que W teria se obrigado, em nome de seus controladores, a ceder à Vendedora o direito de preferência detido pelos demais acionistas de C na subscrição de ações preferenciais Classe B. A cláusula refere-se à obrigação de W de se abster de negociar, em nome próprio, na qualidade de controladora de C, e também por suas Afiliadas, os valores mobiliários de C com terceiros no período ali indicado. O preceito corrobora o entendimento de que a assunção de obrigação de fato de terceiro somente se estabelece de forma expressa: quando houve interesse dos contratantes em vincular terceiros, inseriram cláusula especificamente destinada a esse fim.

De mais a mais, a Vendedora, caso pretendesse vincular contratualmente outros acionistas, teria agido descuidadamente ao não exigir a participação das afiliadas de A e B no Contrato de Compra e Venda.

Por outro lado, verifica-se *in casu* a violação da boa-fé objetiva por parte de Z. A Vendedora celebrou Contrato de Compra e Venda, textualmente assim considerada, objetivando a alienação do bloco de controle de G, e agora pretende obter tratamento de sócia de C, com intuito de se valer da valorização das ações. Tal conduta representa afronta à finalidade econômica comum pretendida pelos contratantes com o negócio, extraída da vontade declarada das partes, em violação à boa-fé objetiva.

A Vendedora pretende ainda, a despeito de ausência de previsão contratual, e em interpretação contrária à vontade declarada pelas Partes no ajuste, a extensão do direito de preferência às afiliadas de A e B, que não assinaram o Contrato de Compra e Venda, por interpretação extensiva, de modo a restringir o direito fundamental de preferência na subscrição de ações em aumento de capital atribuído por lei ao acionista.

E mais: a Vendedora pretende responsabilizar a Compradora pelo exercício do direito de preferência por acionistas que não foram incluídos sequer como intervenientes no Contrato de Compra e Venda, embora todos soubessem perfeitamente quem fossem eles, a quem tinha amplo acesso, tendo sido deliberadamente, portanto, excluídos do dever de cessão.

Por todo o exposto, pode-se afirmar, à luz do direito brasileiro, que W respeitou o princípio da boa-fé objetiva, ao passo que a Vendedora praticou diversas condutas em reiterada violação a este princípio, razão pela qual se mostram insubsistentes as pretensões deduzidas no procedimento arbitral sob esse fundamento.

5. Resposta aos quesitos formulados.

1. De que forma são interpretados os contratos escritos à luz da lei brasileira? Há algum elemento no SPA que sugira que as partes pretendiam que a Requerente recebesse o maior número possível de ações? Tendo em vista as respostas às perguntas anteriores, qual foi o principal objetivo das partes ao celebrarem o SPA?

Os contratos devem ser interpretados sistematicamente, de acordo com a vontade declarada pelos contratantes. No caso concreto, da interpretação do Contrato de Compra e Venda não se extrai qualquer elemento que indique que a Requerente deveria receber o maior número possível de ações preferenciais Classe B da sociedade C como meio de partilhar os riscos inerentes ao sucesso ou insucesso da companhia. Cuida-se, a rigor, de contrato de compra e venda, cujo objeto consistia na venda do controle de G da sociedade Z à sociedade M, a preço certo e determinado, sendo este o objetivo principal das Partes ao celebrarem o SPA.

Inexiste, portanto, *in casu*, contrato de sociedade, caracterizado (i) pela contribuição, pelos sócios, com bens e serviços; (ii) pelo exercício de atividade econômica comum; e (iii) pela partilha dos lucros e das perdas (art. 981, *caput*, Código Civil).

Além disso, embora o preço fosse certo e determinado, o número de ações preferenciais Classe B da sociedade C que seria entregue em pagamento do preço afigurava-se incerto, pois dependia do implemento de condição negativa (evento futuro, incerto e alheio aos contratantes), precisamente o não exercício do direito legal de preferência pelos demais acionistas de C (minoritários e sociedades afiliadas aos grupos A e B). Caso os demais acionistas diretos de C exercessem a preferência, que a Lei de Sociedades Anônimas lhes assegurava (art. 171, LSA), M pagaria à Vendedora por cada ação subscrita e integralizada pelo acionista de C o valor de R\$ 40,00.

Desse modo, o Contrato de Compra e Venda não assegurou a Z a posição de acionista, tampouco lucros típicos do acionista com a valorização das ações acima de R\$ 40,00. Igualmente a Z não seria imputada qualquer depreciação por conta de eventual desvalorização do valor das ações no período subsequente ao fechamento da operação. Cuida-se, como se viu, de contrato de compra e venda, com preço certo e determinado. Não há contrato de sociedade, estando presente a causa ou função da compra e venda.

Em consequência, não se pode concluir, à luz do direito brasileiro, que o Contrato de Compra e Venda assegurou a Z a subscrição de ações preferenciais Classe B que poderiam ser subscritas pelos demais acionistas de C (minoritários e as afiliadas dos grupos A e B), que não figuraram como parte nem interveniente no negócio, garantindo a Z participação nos lucros de C, tal como se tratasse de contrato de sociedade.

2. De que forma a lei brasileira compreende e aplica a teoria da aparência? Considerando os termos expressos do SPA, era razoável que a Requerente presumisse que W estava contratando em nome dos seus acionistas controladores?

A teoria da aparência busca proteger a legítima confiança de terceiro que, acreditando na aparência de representação, contrata com o falso procurador. Em consequência, converte-se a representação aparente em efetiva, de modo a vincular o representado ao negócio firmado.

Para a incidência da teoria da aparência, exigem-se os seguintes requisitos: (i) o representado há de contribuir, com sua ação ou omissão, para criar a aparência de representação; e (ii) o terceiro deve possuir a convicção quanto à existência de representação (boa-fé subjetiva), não podendo agir com má-fé ou descuidadamente, invocando representação que sequer se fazia aparentar.

Na hipótese, não se encontram presentes tais pressupostos de incidência da teoria da aparência, não sendo legítimo que a Requerente presumisse que W estava contratando em nome de seus acionistas controladores.

Conforme informa a Consulente, W agiu em nome próprio no decorrer das negociações e no momento de celebração do negócio, inexistindo aparência de representação. Além disso, de acordo com a Consulente, as sociedades afiliadas a A e B – supostamente representadas por W – não praticaram qualquer ato, tampouco se abstiveram de determinada conduta, que pudesse contribuir para essa suposta aparência de representação. De mais a mais, a Vendedora, caso pretendesse vincular contratualmente outros acionistas, teria agido descuidadamente ao não exigir a participação das afiliadas de A e B no Contrato de Compra e Venda.

3. Qual era a posição contratual dos acionistas minoritários de G no SPA? Tendo em vista a resposta à pergunta anterior, quais eram seus direitos e obrigações no contrato?

W não se obrigou a transferir o direito de preferência na subscrição de ações Classe B da sociedade C de titularidade das afiliadas de A e B. Ou seja, não se verifica, na espécie, a figura da representação ou da teoria da aparência, que pudesse vincular as afiliadas de A e B à atuação de W. Tampouco há, *in casu*, obrigação de fato de terceiro assumida por W em nome de seus controladores.

Por isso mesmo, o número total de ações que seria transferido à Vendedora em pagamento do preço da compra e venda afigurava-se incerto, a depender da verificação da condição negativa (não exercício da preferência pelos demais acionistas de C).

Não por outra razão, o Contrato de Compra e Venda vislumbrou a possibilidade de os demais acionistas de C que não figuraram no ajuste exercerem o seu direito fundamental de preferência na

subscrição dessas ações, hipótese em que Compradora efetuará o pagamento de R\$ 40,00 por cada ação Classe B subscrita pelos demais acionistas de C.

Por outro lado, o Compromisso de Subscrição não assegurou à Vendedora a subscrição das ações preferenciais Classe B de titularidade dos demais acionistas de C. Cuida-se de documento unilateral, emitido pela Vendedora, com o propósito de garantir à Compradora e a C a subscrição das ações não subscritas pelos demais acionistas de C, de modo a viabilizar a operação do aumento de capital de C.

Por isso mesmo, não há se falar em inadimplemento de W ou em violação ao princípio da boa-fé objetiva diante do exercício do direito de preferência na aquisição das ações Classe B da sociedade C pelas afiliadas de A e B.

4. Tendo em vista as respostas aos quesitos acima: i) quais foram as obrigações assumidas por W no SPA?; ii) W violou alguma de suas obrigações previstas no SPA?; iii) W violou o princípio da boa-fé objetiva diante do exercício do direito de preferência na aquisição das ações Classe B da sociedade C pelas sociedades afiliadas a A e B?

A teoria da tutela externa do crédito, também denominada eficácia externa das obrigações ou responsabilização civil do terceiro cúmplice, admite a responsabilização do terceiro que, em conluio com o devedor, viole o direito de crédito de outrem. Cuida-se de responsabilização decorrente do dever geral de respeito à posição credi-tória, a suscitar a oponibilidade do crédito perante terceiros não contratantes, circunstância que, evidentemente, não se confunde com a vinculação do conteúdo contratual a não contratantes, tendo em vista que o terceiro não se obrigou perante o credor, e, por força do princípio da relatividade dos pactos, não se encontra vinculado ao negócio.

À luz da doutrina da tutela externa do crédito, no caso concreto, não é possível considerar a subscrição de ações Classe B pelas afiliadas de A e B como ato ilícito de terceiro em conluio com W, C e V, em violação ao crédito da Vendedora.

Na hipótese vertente, as afiliadas dos Grupos A e B limitaram-se a exercer seu direito legal de preferência, de sorte que não se verifica a prática de qualquer ilícito extracontratual que importasse a violação do crédito de Z. Por outras palavras, o exercício de direito fundamental conferido a acionista não poderia ensejar a responsabilização de seu titular. Além disso, a doutrina da tutela externa do crédito não tem a força de estender o dever contratual assumido pelo devedor de um contrato a terceiro, limitando-se a criar o dever de respeito ao crédito (oponibilidade).

Por tais razões, revela-se inaplicável a teoria da tutela externa do crédito, de modo a afastar a responsabilização de W e das afiliadas de A e B pelo exercício do direito legal de preferência na subscrição de ações preferenciais Classe B da sociedade C por parte das afiliadas de A e B.

5. De que forma a lei brasileira compreende e aplica a doutrina da tutela externa do crédito? É possível considerar a subscrição de ações Classe B pelas sociedades afiliadas a A e B um ato ilícito de W, C e V?

A lei brasileira admite a desconsideração da personalidade jurídica como medida excepcional que autoriza, diante da verificação do desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50, Código Civil), a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para atingir o sócio que praticou o ato abusivo.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica, que consiste na superação da autonomia patrimonial dos sócios para atingir a sociedade, consiste em medida ainda mais excepcional no panorama

do direito brasileiro, admitida apenas na hipótese de inexistir outra solução capaz de satisfazer os interesses creditórios protegidos. Autoriza-se a desconsideração inversa diante dos seguintes pressupostos: (i) insolvência dos sócios da sociedade devedora, que tornasse ineficaz a desconsideração direta da personalidade jurídica; (ii) os requisitos deflagradores da desconsideração direta da personalidade jurídica, contidos no art. 50, Código Civil, especificamente o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial; e (iii) a existência de grupo econômico entre as sociedades em questão.

No caso em exame, diante da solvência dos grupos A e B, mostra-se inteiramente ilegal a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades afiliadas de A e B para atingir W.

Como se não bastasse, embora W e as sociedades afiliadas de A e B integrem o mesmo grupo econômico, para que haja a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade controladora para atingir a controlada ou o contrário, há que se demonstrar os requisitos que autorizam a utilização desse expediente excepcional contidos no art. 50 do Código Civil, o que não se verificou *in casu*. Na espécie, não houve desvio de finalidade ou confusão patrimonial que autorizasse a desconsideração da personalidade de W para atingir os seus sócios. Segundo os elementos fáticos colimados nesses autos, W se obrigou em nome próprio a ceder o seu direito legal de preferência de subscrição de ações Classe B da sociedade C, no Contrato de Compra e Venda no qual não figuraram como parte as sociedades afiliadas de A e B, o que não caracteriza desvio de finalidade. Cuida-se de exercício regular do direito de contratar, no âmbito da prática dos atos sociais, protegido pelo princípio constitucional da autonomia privada (art. 170, *caput*, C.R.).

De outra parte, o exercício do direito de preferência pelas afiliadas de A e B, em nome próprio, traduz exercício regular de direito atribuído por lei a essas sociedades (art. 171, Lei das Sociedades Anônimas), a afastar a caracterização de desvio de finalidade. As afiliadas de A e B apenas exerceram direito que a lei lhes reconhece, sem se

valer da personalidade jurídica de W como instrumento para a prática de fraude.

De mais a mais, não há confusão entre os patrimônios de W e das sociedades afiliadas de A e B. Ambas as sociedades são dotadas de patrimônio próprio, inteiramente distintos, tendo W assumido sua obrigação e a cumprido regularmente.

Por tais razões, não se admite, no direito brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica das afiliadas de A e B para atingir o patrimônio de W pelo exercício do direito de preferência por sociedades essas afiliadas.

LEGAL PROTECTION OF INVESTMENTS¹

PROTEÇÃO LEGAL DOS INVESTIMENTOS

Fábio Ulhoa Coelho

Abstract: The objective is to discuss theoretically the groundings of the relationship between Legal Protection of Investment (LPI) and general interests. This discussion aims to evidence the legal certainty as a very important component of the LPI. Additionally, the article proposes that reducing the LPI to an individual protection is not the correct approach to the matter. The rule of lower LPI as a barrier to entry of new competitors is also discussed. The article shows how those groundings were adopted by the Brazilian Commercial Code. The conclusion presents basic elements of an empirical legal study model destined to measure the LPI.

Keywords: Legal protection of the investment. Legal certainty. Competitiveness.²

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir os fundamentos da relação entre a proteção jurídica do investimento privado e os interesses metaindividuais. Essa discussão evidencia a segurança jurídica como um importante componente da proteção jurídica do investimento privado. E revela ser incorreto reduzir a proteção jurídica do

1 Artigo recebido em 21.04.2015 e aceito em 07.12.2015.

2 Brazilian Commercial Code bill.

investimento privado à proteção de interesses individuais. Discute também como a baixa proteção jurídica do investimento privado representa uma barreira à entrada de novos competidores. O artigo mostra que aqueles fundamentos foram adotados pelo Projeto de Código Comercial brasileiro. A conclusão apresenta os elementos básicos de um modelo empírico (jurimétrico) para a mensuração dos níveis de proteção jurídica do investimento privado.

Palavras-chaves: Proteção jurídica do investimento privado. Segurança jurídica. Competitividade. Projeto de Código Comercial Brasileiro.

Summary: 1. Introduction. 2. LPI and legal certainty. 3. LPI and general interests. 4. LPI and competitiveness. 5. LPI and the Brazilian Commercial Code bill. 6. Measuring LPI.

1. Introduction.

A country that does not protect the investment does not protect its people.

Entrepreneurs not only make economic calculations when they examine the opportunity of new investments. They make legal calculations as well, based on the Law in force and how it has been applied by the courts in a given jurisdiction. Therefore, the legal protection of the investment (LPI) offered by the countries is one of the most important weapons in the global competition for the investments.

In the globalized economy, entrepreneurs have the entire world to invest. If an entrepreneur³ regards the LPI in his own country as unsatisfactory, investing in other jurisdictions will be very easy to

³ Entrepreneur is defined here as the person or the company or corporation that invests money and other resources in a specific economic activity.

him. On the other hand, consumers usually have free access only to their domestic consumer market⁴. The goods and services prices are indirectly related to the LPI level: the greater the law protects the investment, the cheaper the prices are. So, when a country adopts legal measures aiming to increase the LPI, it will eventually protect the consumer's interests.

This article is structured in six sections including the present brief introduction (section 1). My initial objective is to discuss theoretically the groundings of the relationship between LPI and consumers' interests. This discussion aims to evidence the legal certainty as a very important component of the LPI (section 2). Additionally, it proposes that reducing the LPI to an individual protection is not the correct approach to the matter (section 3). In sequence, the rule of lower LPI as a barrier to entry of new competitors is discussed (section 4). Secondly, the article shows how those groundings were adopted by the Brazilian Commercial Code bill that has been under review by the National Congress since 2011 (section 5). Finally, the article presents the first elements of an empirical legal study model destined to measure the LPI (section 6).

2. LPI and legal certainty.

LPI presupposes sophisticated and appropriated labor, tax, corporate, commercial and intellectual property Laws. It depends not only on the adequacy of statutes, acts and other general rules to business demands. The content of the norms is surely important. However, Law in force abstractly considered is not sufficient to guarantee effective protection to the investment. Legal certainty is also a condition of the LPI.

⁴ The consumer market related to an Economic Community must be considered here as equivalent to domestic consumer market.

Legal certainty is an extremely complex subject involving issues from psychological perceptions to the strength of institutions. I simplify it here by reducing legal certainty to the idea of predictability of judicial rulings. I adopt the premise that “the greater the predictability of judicial decisions, the greater the legal certainty”.

A judicial ruling is predictable when it applies the Law according to the precedents. When the judge adopts a new interpretation of the Law, the judicial decision is unpredictable. In civil law jurisdictions, the predictability is also related to the observance of the often referred to “doctrine” (interpretations by notable legal scholars). The court pronounces an unpredictable decision when it interprets the Law differently from the doctrine.

When conservative entrepreneurs make legal calculations, they presuppose that the Law in force will be strictly applied by the courts and the precedents will be observed⁵. They trust in legal certainty. A small margin of unpredictability is generally tolerated because nobody knows how to anticipate 100% of the judicial rulings. There is definitely a “predictable unpredictability”.

The tiny margin of predictable unpredictability is incorporated into the conservative entrepreneurs’ legal calculations and does not disturb their economic decision. A legal uncertainty environment results from the increase of the predictable unpredictability. When the number of unpredictable judicial decisions extrapolates the normally small margin presupposed by the conservative entrepreneurs’ calculations, legal certainty disappears.

The conservative entrepreneur avoids doing business in countries without legal certainty. He feels more comfortable where the rules are clear and effective. A country without legal certainty tends

⁵ According to the risk aversion grade, entrepreneurs can be grouped in two categories: conservative (high grade) and bold (low grade).

to turn away conservative investments. It is attractive to a different kind of entrepreneurs – the bold ones.

Legal uncertainty raises risks. As risk makers, bold entrepreneurs are looking for riskier opportunities. As gains are proportional to risks, a country without legal certainty is the right place to do business when the objective is pursuing higher level of profits.

Therefore, LPI sculpts the kind of investment the country attracts. Higher LPI decreases the risks and consequently is more convenient to the conservative entrepreneurs. Lower LPI increases the risks and draws the attention of bolder entrepreneurs.

Why should a country be concerned about its LPI level if it attracts investments even while offering a lower LPI and a legal uncertainty environment to entrepreneurs? It must heighten the LPI to protect its people. The next section deals with this subject.

3. LPI and general interests.

LPI appears to be a concept related exclusively to an individual protection. Indeed, the idea of protecting the investment suggests giving protection just to entrepreneurs. This initial suggestion probably originated in the current concerns against the individualism. In the last century, the European-centered Law surpassed its original individualistic tendency⁶. The supremacy of general over the individual interests is now generally accepted, but this notion corresponds to a recently built value. We still have to defend this value.

LPI is not a concept inspired by Adam Smith's liberalism. It is not a simple resurrection of an outdated notion. On the contrary, LPI is a protection of a genuine general interest, i.e. the consumers' inter-

⁶ European-centered Law is defined here as the law in force in Europe and in the former European colonies in America, Oceania and parts of Africa and Asia.

ests in reduced prices and better quality of goods and services. LPI is convergent to the European-centered Law conquests.

Lower LPI, as established in the previous section, does not hinder all investments. A country is able to attract investors even without a high level of LPI. But only or mainly the bolder entrepreneurs will be interested in doing business in this country. This bold entrepreneur looks for risky investments, because higher risks have always been associated with the perspective of higher gains. We can say that they are definitely not worried about legal risks.

In short, bold entrepreneurs must spread the elevated risks through the prices of the goods or services they sell in the consumer market. They will not obtain the higher profits they are looking for unless they spread the increase of the legal risks. Therefore, in countries with low level of LPI, consumers tend to pay more for the same product or service than in countries with high level of LPI. The prices are increased by rates associated with the legal risk.

I emphasize that even the conservative entrepreneurs are forced to change their concepts when doing business in a lower-LPI country. Everyone must be prepared for unpredictable judicial decisions. To guarantee their projected profit margin, all the entrepreneurs employ the same economic logic. In a lower-LPI country even the conservative entrepreneurs raise the prices of their goods or services.

The emphasis on the LPI's relevance to a general interest introduces a discussion about values. Albeit it has not been usual, contextualizing the matter of legal certainty into a discussion about values is indispensable to understand the intricacy of the matter.

I have proposed that the most important aspect related to legal certainty issue is the ideology. I adopt the functional meaning of "ideology", elaborated by Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁷. According to this

7 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1986. p. 155; FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.

concept, ideology is the “valuation of values”. Society not only cultivates its values. It also values them. There is a hierarchy of values. It is precisely this hierarchy that represents ideology in its functional meaning.

The concept may be illustrated through the values related to free initiative and to consumer protection. Two hundred years ago, the value associated to free initiative was above that associated to protection of consumers. Adam Smith’s famous proposition was widely accepted: if the full freedom of initiative and competition were assured, consumers would be naturally satisfied in their interests and rights. At that time, those two values were evaluated to give a higher importance to free initiative. Since the 1960s, the spreading out of the consumer protection movement has been changing this hierarchy in Western jurisdictions. The inversion has already taken place, and “consumer protection” is hierarchically superior to “free initiative”. The ideology of society has changed.

Judicial rulings are more or less predictable not only based on changes in rules. The predictability depends on the changes in values cultivated by society and the valuation of such values. Essentially, it depends on ideology⁸. Countries interested in improving their legal

p. 150; Id. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 187-188.

8 A highly notable case of Brazilian courts shows that legal certainty does not depend only on the law in force. I make reference here to same-sex marriages. In Brazil, there is no law permitting same-sex marriages. The Brazilian Constitution itself sets forth a provision on marriage, which has been the same since 1988. Article 226 has had the same wording since the beginning of its effectiveness. It suffered one amendment only, in 2010, which suppressed one of the forms of dissolution of marriage (separation) and kept the other (divorce). This change, therefore, has no relevance for the issue of admissibility or not of same-sex marriages. The drafters of the Constitution were certainly not worried about defining marriage as the family union of man and woman. In 1988, for Brazilians, there would not have been same-sex marriage. By the way, law professors and books for law students had always referred to the idea of same-sex marriage as an example of a “nonexistent legal act”. But, in 2011, the Federal Supreme Court (STF), the highest Brazilian court of justice, recognized that the Constitution protects family unions regardless of the partners’ sex. Since this historical decision, same-sex

certainty must pay attention to the hierarchy of the values adopted by the society and consequently by the legal community (judges, lawyers etc). Actions destined to clarify the importance of the LPI to society as a whole will be necessary if the values associated to LPI assume a lower position than those of the values associated to labor, consumer protection and tax Laws. The perception that protecting the investment signifies protecting consumers' interests is indispensable to modify the hierarchy of values adopted by society, in the globalized economy. When the legal community does not immediately link LPI to the protection of general interests, changes in the ideology are required as a needful measure to heighten legal certainty.

The most conservative entrepreneurs would prefer investing under a legal certainty environment. When the level of the LPI is not entirely satisfactory, they can easily move their investments to other jurisdictions. In the end, lower-LPI interests only the bolder entrepreneurs and it only damages consumers' interests.

An increased LPI primarily benefits consumers' interests. Of course, the entrepreneurs' interests take simultaneously advantage as well, but it must be seen as a less important effect. The main objective is decreasing legal risks and creating the conditions to reduce the prices paid by the consumers.

LPI is a concept associated to a general interest protection. In the globalized economy, protecting investment is protecting the con-

marriages have started being formalized in several parts of the country. Therefore, if a family lawyer were consulted in the 1990s on the feasibility of filing a lawsuit for the recognition of the right of two persons of the same sex to get married, that lawyer would certainly advise the client on the absolute impossibility of being successful. Today, after a quarter-century, that lawyer would make a diametrically different evaluation. He would have to tell the client that a judicial lawsuit is completely feasible. What has changed in the meantime? It was not the general rule. The Brazilian Constitution has not changed in connection with the matter during this period. But the values cultivated by the Brazilian society have changed. Brazilians today do not repudiate relations between same-sex persons as they did five or six years ago. This case shows that foretelling the possibility of success or failure in any judicial lawsuit cannot be based on an analysis restricted exclusively to the rules and precedents, even in a civil law jurisdiction.

sumers' demand for low prices and high quality of goods and services. Increasing LPI is a way to heighten the competition – a subject discussed in the next section.

4. LPI and competitiveness.

Similar to other people, entrepreneurs may be grouped in two categories: competitive and non-competitive. The behavior of some people is constantly motivated by disputes and conquests. Their vital energy is identifying potential competitors and challenging them. On the other hand, there are people who are refractory to competition. They avoid confrontations as much as possible. The personal character of the controlling shareholder and directors is somewhat transferred to the corporation, depending on whether they are competitive or non-competitive men and women.

It is important to apprehend these different types of entrepreneurs when we discuss the relationship between LPI and competitiveness. The attitude toward changes related to LPI varies significantly according to the basic feature of each category. Non-competitive entrepreneurs, either conservative or bold, tend to fight against any improvement in LPI. Understanding this apparently discordant behavior presupposes a brief previous exploration about how lower-LPI reduces competitiveness.

A variation of the law of supply and demand could explain the reduced competitiveness in jurisdictions with lower-LPI. There are presumably fewer bold entrepreneurs than conservative ones. In other words, there are fewer businesspersons interested in investing in riskier economic activities. Lower LPI adds legal risk to the economic risks already associated to a given enterprise. Consequently, there are not a great number of entrepreneurs interested in exploiting enterprises in lower-LPI jurisdictions. Business in a lower-LPI jurisdiction attracts fewer entrepreneurs and the competition in such jurisdictions tends to be naturally weaker.

One of the consequences of the lack of competition is well known: prices rise and quality decreases. It is widely accepted that the ultimate objective of the freedom of competition is to protect the consumers' interest in reduced prices and a better quality of goods and services. Once again, as a measure of attracting more business and increasing the competition, LPI provides protection to this general interest.

A different aspect of the direct relationship between lower-LPI and weak competitiveness needs to be pointed out. The lower-LPI becomes a barrier to entry of new competitors. Non-competitive entrepreneurs who have already invested in a lower-LPI jurisdiction and have already taken their market share do not receive enough incentives to demand a stronger legal certainty environment. On the contrary, their interest is the maintenance of the lower-LPI because this scenario fends off potential competitors.

Given that higher-LPI tends to reduce prices, non-competitive entrepreneurs will not easily obtain their projected gains because they made their investment when the LPI level was lower. They will probably fight against any institutional action destined to enhance the LPI level – particularly legislative reforms.

In short, when a country adopts measures to upgrade its business environment, the fundamental opposition will be between the consumers' interest in lower prices and better quality against the non-competitive entrepreneurs' interest in keeping their market share. At this moment, domestic competitive entrepreneurs and foreign conservative entrepreneurs will be important allies of the consumers.

5. LPI and the Brazilian Commercial Code bill.

The above discussions – on LPI and legal certainty, general interest protection and competitiveness – create an adequate framework to understand the groundings of the Brazilian Commercial Code

Bill (BCCB)⁹ and¹⁰ its core objective is the enhancement of the Brazilian LPI level in order to (i) increase legal certainty, (ii) reduce legal risks, (iii) change the type of investor to be attracted, (iv) strengthen the competitiveness and (v) diminish prices and improve the quality of goods and services.

The BCCB's most relevant legal characteristic is the commonly called "principleology". When the new Code is approved, it will enunciate and define the Commercial Law principles. The great importance of this characteristic can be perceived in the context of how the legal argumentation has currently been structured in Brazil. The legal argumentation based on principles has been largely adopted by legal professors, scholars and courts.

The Brazilian legal community has been strongly influenced by the theory of principles since the 1990's. According to several scholars, the movement toward the principles was triggered by the principleology Brazilian Constitution, when it was enacted in 1988. Dworkin¹¹ and Alexy¹² have been the most important theoretical references to the Brazilian legal community.

Legal professors, scholars and lawyers specialized in almost all the legal areas (such as labor, consumer protection, tax, environmental protection law etc) promptly realized the potential of the new argumentation standard. Nowadays, Brazilian legal literature in these areas has abundantly studied its own principles. Inadvertently, the "commercialists" (professors, scholars and lawyers specialized in

9 The Brazilian Commercial Code Bill is being reviewed through the Project n. 1572/11 (House of Deputies) and the Project n. 487/13 (Senate).

10 BCCB encompasses seven Chapters: (i) introductory and general norms; (ii) companies; (iii) entrepreneurial obligations, contracts and debt documents; (iv) agribusiness; (v) entrepreneurial maritime law; (vi) entrepreneurial litigation; (vii) transitory and final norms.

11 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

12 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2006.

Commercial Law) were not sensitized enough to the importance of the movement toward “principlelogical” argumentation. As an unfortunate result, some of the main commercial Law concepts are incomplete – or even incorrectly understood by the legal community – today. The comprehension of the companies as a legal entity, for instance, has been severely impaired because the commercialists have not created arguments evidencing that this concept is a relevant aspect of the principle of freedom initiative. Several courts have applied the “piercing of the corporate veil doctrine” even in cases in which there was no fraud at all¹³.

The legal uncertainty environment was partially caused by the commercialists’ negligence. Reinforcing what I said above, ideology matters. When two or three generations of legal students simply do not listen to a single word about the groundings of the commercial Law concepts, this surely collaborates to a corrosion of the values associated to LPI.

A principlelogical Commercial Code fosters the conditions to reaffirm these concepts and strengthen the correspondent values. Consider, for instance, Art. 6º, III, of the BCCB (Senate Project): “*the principle of freedom initiative implies the recognition of the legal protection of private investment as important for the society as a whole, when it is made in order to supply goods and services, to create, consolidate or improve consumers’ market, to proportionate innovation and to contribute to the national economic development*”. This norm defines one of the free initiative implications. As a legal disposition, it becomes not only a rule to be applied by the courts, but also a “mandatory” subject of studies and research. The reflections on this disposition will contribute to raise the value associated to LPI position in the hierarchy of values, in the Brazilian society.

13 The piercing of corporate veil doctrine is adopted by Brazilian Law (Civil Code, art. 50; Consumer Protection Code, art. 28).

6. Measuring LPI.

Several times I have mentioned “lower-LPI” and “higher-LPI”. A notion of quantitative relationship can be found by everyone behind these expressions. We are able to understand in an intuitive way the LPI range itself and its relations with prices and competitiveness. The arguments above presented would be substantially enriched if we had an accurate quantification. I conclude this article presenting some elements that could become the embryonic model of an empirical legal study destined to quantify the LPI.

Measuring legal certainty itself involves almost insurmountable difficulties. Labeling a given judicial decision as unpredictable presupposes extremely complex discussions about interpretation. At least the judge who had rendered the decision and the lawyer who had won the case would consider it totally predictable. Another unresolved question is how to quantify the categories of absolute unpredictable, partially unpredictable and predictable decisions.

Different from legal certainty, LPI could be measured easier. The objective is rating jurisdictions according to a scale from 1 (lower-LPI) to 5 (higher-LPI), based on surveys among lawyers who work for entrepreneurs in all areas (corporate, contracts, litigation, labor, tax, environmental protection law etc). These professionals would be asked about the efficacy of the Risk Allocation Legal Measures (RALM) in the jurisdiction in which they practice. The surveys would capture the perception of these professionals on such efficacy, according to the scale below:

Grade	Meaning
1	Total inefficacy of the RALM
2	Transition from total inefficacy to partial inefficacy
3	Partial inefficacy of the RALM
4	Transition from partial inefficacy to total efficacy
5	Total efficacy of the RALM

The average rate of each jurisdiction must take into consideration the relevance of the RALM according to the respective legal areas. The interviewed lawyers in the surveys would be asked about the weight of each area. In my point of view, RALM has total inefficacy in labor law cases, it has partial inefficacy in tax law cases and almost total efficacy in civil and commercial cases in Brazil. My evaluation would give grade 1 to labor, 3 to tax and 4 to civil and commercial cases. As my perception of legal uncertainty is stronger in labor law than in other areas, my contribution to the adequate Brazil LPI-rate would take for granted some type of balanced weighing system.

RALM is a customized concept in the sense that it was created specifically for the surveys on LPI. For this reason, its meaning will have to be explained to interviewed lawyers. RALM encompasses every legal institution whose function is to allocate economic risks, such as companies, trusts, insurance contracts, etc. Indeed, even a limitation of responsibility clause inserted in a sale of goods contract is a RALM.

The customized feature is appropriate and of great advantage. This concept has enough abstractionism to permit global surveys. Albeit no specific jurisdiction strictly adopts it as a legal institution, its meaning could be easily comprehended worldwide. On the other hand, the RALM concept corresponds to one of the most important concerns of the entrepreneurs when they made legal calculations prior to investing in a given jurisdiction.

Consistent LPI rates will permit us to make comparisons between different jurisdictions and to test the above proposed statements. In Brazil, this index will permit further empirical verification of the economic effects of the future Commercial Code.

A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO À ATIVIDADE NEGOCIAL¹

THE INTEGRAL DAMAGE REPAIR TO BUSINESS ACTIVITY

*Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa*

Resumo: O artigo discorre sobre a aplicação do princípio da reparação integral do dano causado às atividades negociais. Como a teoria da responsabilidade civil está calcada na doutrina liberal clássica, a reparação do dano, muitas vezes, não recebe por parte da doutrina e da jurisprudência tratamento adequado às características e vicissitudes do mercado. O objetivo principal é tratar de uma das vertentes que o Direito exerce no seu papel de corretor das chamadas falhas de mercado. Analisam-se os preceitos jurídicos da responsabilidade civil em relação a essas falhas de mercado e a implicação que isso tem na solução de algumas questões jurídicas envolvendo a atividade negocial.

Palavras-chave: reparação integral – indenização – atividade negocial – empresa – falhas de mercado – custos de transação – custos sociais – externalidades.

Abstract: The article analyses the full compensation for damage caused to the negotiation activities. As the Brazilian theory of lia-

¹ Artigo recebido em 11.03.2015 e aceito em 04.12.2015.

bility is grounded in the classical liberal doctrine, compensation for damage often do not receive, by the doctrine and jurisprudence, the appropriate treatment to it's characteristics and market vicissitudes. The main objective is to address one of the aspects that the law plays in its role as broker of the so-called market failures. Analyzes the legal precepts of tort law in respect of such market failures and the implication this has in solving some legal issues involving the negotiation activity.

Keywords: full compensation — indemnization — negotiating activity — firm — market failures — transaction costs — social costs — externalities.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Atividade negocial. 3 – A empresa como mecanismo para redução dos custos de transação e instrumento para ganho de eficiência. 4 – O reconhecimento da importância da empresa pelo Direito. 5 – O dano à empresa e sua reparação. 5.1 – O dano material. 5.2 – Hipóteses emblemáticas e seu tratamento pelos tribunais. 5.2.1 – Concorrência desleal – contrafação de marca e patente. 5.2.2 – A responsabilidade das transportadoras aéreas. 5.2.3. O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. 5.2.4 – A desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo para obtenção da reparação integral do dano na Justiça do Trabalho. 6 – Conclusão.

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de estudar o alcance do princípio da reparação integral do dano à atividade negocial. O tema se revela importante, na medida em que se nota que a aplicação contenciosa do direito vem se afastando da essência desse fenômeno econômico, que é a atividade negocial, em especial a empresa.

Para tanto, será analisado, com supedâneo no método dedutivo, o conceito de atividade negocial, o que ele envolve, o dever de reparar os danos que o titular da empresa vier a incorrer por força de ato ilícito, bem como a correlata obrigação de reparar esses danos.

2 – A ATIVIDADE NEGOCIAL

Sem desprezar as demais, o negócio jurídico é a mais importante espécie de fato jurídico. Tanto assim, que o Código Civil de 2002, ao contrário do anterior, não possui títulos ou capítulos tratando especificamente sobre as outras espécies de fatos jurídicos, muito embora o Livro III tenha como título “Dos Fatos Jurídicos”. Isso não significa que o direito deixou de se ocupar das outras espécies, como os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos de realização de vontade. Estes continuam a ser disciplinados pelo ordenamento. O Código Civil apenas deixou de normatizá-los em uma seção específica, preferindo tratar diretamente do negócio jurídico. Existem, porém, normas que versam sobre fatos jurídicos que não sejam negócios jurídicos, como o art. 147, que dispõe sobre dolo, o art. 191, que se refere à prescrição, o art. 212, que trata de prova.

A consequência mais importante dos negócios jurídicos é a obrigação. Nesse particular, houve o novel Código Civil de acolher grande mudança, com ainda mais relevo. Ele enveredou pela unificação do direito das obrigações. Ainda que isso não representasse, bem dizer, uma novidade – pois, o Código Comercial de 1850 já fazia remissão, no seu art. 121, à aplicação das regras do Código Civil aos contratos comerciais –, essa atitude do Código Civil de 2002 colocou uma pá de cal sobre o assunto.

Assim, o Código Civil se tornou o diploma de regência das obrigações de direito privado. E mais. Logo em seguida ao Livro dos Direitos das Obrigações, o Código trata do Direito de Empresa, fato também novo no Brasil.

Essa nomenclatura definitivamente não é feliz. Isso porque o Livro II da Parte Especial do Código Civil não foi concebido para tratar exclusivamente de empresa. Ele foi elaborado para disciplinar o fenômeno social caracterizado pela prática reiterada de negócios jurídicos interdependentes, que são celebrados de forma organizada, estável e com finalidade comum, por um mesmo sujeito. Seria a ativi-

dade desempenhada por aquela pessoa – física ou jurídica — que se dedica ao exercício de uma atividade econômica, seja uma atividade empresária ou não.

Atividade negocial. Este era o título do Livro II da Parte Especial constante do anteprojeto elaborado pela comissão de juristas constituída, em 1969, pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Herbert Chamoun e Torquato Castro, e presidida por Miguel Reale. Durante a tramitação do projeto de lei, esse título sofreu duas alterações. Primeiro, ele foi substituído por “atividade empresarial” e, depois, por “direito de empresa”, nomenclatura com a qual ele foi aprovado e sancionado.

O título original, contudo, traduz justamente o fenômeno, que provém do direito das obrigações, mas que foi erigido a uma categoria diferenciada, sujeita a um regime legal distinto², e que é consentâneo ao exercício de atividade econômica por uma pessoa. A rigor, tanto faz se essa atividade econômica é exercida por pessoa física ou jurídica, ou se ela é ou não uma empresa. O aventado Livro II da Parte Especial do Código Civil não trata apenas de sociedade, nem só de empresário, nem, muito menos, se restringe às sociedades empresárias. Ele trata da atividade negocial, sendo que esta envolve as atividades econômicas de natureza intelectual, aquelas que não contam com organização empresarial e, evidentemente, as empresas.

Com razão está, assim, Luiz Gastão Barros de Paes Leães, ao afirmar que

o nomen iuris ‘atividade negocial’, fixada no anteprojeto, seria de maior rigor científico, na abrangência das matérias tratadas no tópico em questão, do que a denominação ‘atividade empresarial’ e ‘direito de empresa’, que foram, por fim, sufra-

2 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, n. 128. p. 12.

gradas no Código, já que ali não se trata apenas do exercício da atividade profissional praticado por empresários e sociedades empresárias³.

Conquanto este estudo parta da noção de atividade negocial para traçar suas conclusões, é necessário alertar que a empresa é o principal ponto da pesquisa. Isso porque, sem desprezar as demais atividades econômicas, fato é que ela tem maior relevância para o direito comercial. Além disso, em vista de sua organização, ela se constitui em um importante instrumento para redução de custos de transação, contribuindo, destarte, para a eficiência dos mercados.

3 – A EMPRESA COMO MECANISMO PARA A REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E INSTRUMENTO PARA GANHO DE EFICIÊNCIA

Com exceção dos contratos de execução imediata, nos quais as prestações são satisfeitas imediata e concomitantemente, a realização de um negócio jurídico envolve riscos. Os preços podem oscilar de tal maneira que impeçam a conclusão ou continuação do negócio a não ser que as bases contratuais originais sejam alteradas; existe o risco de a parte contrária não adimplir a sua obrigação ou de atrasar o seu cumprimento. Não se pode deixar de considerar o risco de uma falha humana ou tecnológica, ou mesmo de fatores não previstos que, de alguma maneira, atrasem ou impeçam o cumprimento de obrigações. Há o risco legal, ou seja, aquele que decorre da inadequação do arcabouço legal ou regulamentar, ou de falhas na formalização dos negócios, que os tornem questionáveis, inseguros ou mesmo inexecutáveis.

Conquanto a atividade negocial, que tem na celebração de negócios jurídicos uma constante, conviva diariamente com esses riscos, eles a atrapalham. Os economistas neoclássicos indicam que os agentes econômicos buscam maximizar o bem-estar, por meio de trocas que lhes sejam vantajosas. Se existe risco de essa troca não lhe

3 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. op. cit, p. 12.

proporcionar o aumento de bem-estar esperado, o indivíduo poderá não se sentir encorajado para concluir o negócio e, assim, desistir de fazê-lo. Em outras palavras, o agente econômico tem aversão ao risco⁴. Consequentemente, ele se configura em um elemento que afeta a eficiência do mercado na concepção de Vilfredo Pareto⁵.

O direito comercial lida com eles desde o seu nascimento. Vários institutos jurídicos surgiram justamente com a missão de reduzir, mitigar ou mesmo eliminar esses riscos. O contrato de seguro e as sociedades com sócios de responsabilidade limitada são os exemplos mais reluzentes. Não à toa economistas como Douglas North⁶ e Kenneth J. Arrow⁷ consideram que o principal papel das instituições é o de reduzir a incerteza por meio do estabelecimento de uma ordem estável, que permita a interação entre os homens.

A solução para parte desses riscos é a sua transferência negociada, que ocorre no âmbito do mercado. É o caso do contrato de seguro. Em troca do recebimento de um prêmio, o segurador assume riscos que seriam do segurado. Também é o caso dos chamados derivativos. “Um derivativo constitui um contrato, ou mesmo dois contratos conexos, ou um título, cujo valor, em princípio, resulta da cotação de tais ações, que constituem, no elíptico jargão do artigo 2º, VIII, da Lei 6.385/76, os ‘ativos financeiros’”⁸.

4 YAZBEC, Otávio conceitua aversão ao risco como “a postura que faz com que os agentes econômicos, precisando definir seus planos de atuação, optem por aqueles nos quais exista um maior grau de certeza ou, olhando a questão pelo outro lado, uma menor possibilidade de perdas” (*Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 24).

5 PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, *passim*.

6 NORTH, Douglass C.. *Institutions, Institutional and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, *passim*.

7 ARROW, Kenneth J.. Economic welfare and the allocation of resources for invention. In: NELSON, Richard (ed.). *The rate and direction of inventive activity*. Princeton (N. J.): Princeton University Press, 1962, p. 609-626.

8 EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 112.

Há riscos, contudo, que dificilmente poderão ser atenuados por meio de transferências negociadas no âmbito do mercado. As chamadas falhas de mercado e os custos de transação são exemplos disso.

As falhas de mercado são geralmente supridas pela regulação. Assim, o Estado interveria na economia por meio da instituição de tributos com finalidade extrafiscal, através da outorga de subvenções ou subsídios, pela edição de atos normativos de cunho regulatório e pela criação de infraestrutura.

Já os custos de transação são geralmente supridos pelo controle dos fatores de produção. Isso porque eles decorrem justamente de falhas institucionais, da burocracia e, sobretudo, das assimetrias de informação. São os casos, por exemplo, dos chamados *moral hazard* ou risco moral e da seleção adversa.

O primeiro se refere à insuficiência de informação e da dificuldade de se acompanhar e de se fiscalizar a execução de contratos. O contraente pode não revelar certas informações que, ao longo da execução do contrato, podem se mostrar relevantes. Seria o caso do vendedor de um estabelecimento empresarial que deixa de comunicar ao comprador a existência de uma dívida trabalhista ou tributária que afete aquela universalidade de bens. Essa conduta, evidentemente, seria ilícita.

O segundo diz respeito às assimetrias de informação que afetam o mercado como um todo. O exemplo bem didático é aquele dado por AKERLOF, George A. no artigo intitulado *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970). Nesse artigo, o economista se refere ao mercado de carros usados, apontando a dificuldade de os compradores aferirem as reais condições em que se encontram o bem, ou seja, se o automóvel está “em bom estado ou se apresenta defeitos (os chamados *lemons*, gíria norte-americana que designa os carros usados em más condições). Em vista dessa dificuldade, os compradores não aceitariam pagar um preço

mais alto por aqueles bens. Consequentemente, os proprietários de carros em boas condições ficariam desencorajados a vender seus bens enquanto tal, pois receberiam um preço inferior. Eles seriam, assim, afetados pela assimetria de informação, que dificultaria a tarefa de distinguir os carros em bom estado dos que assim não se encontram.

A empresa – como organização dos fatores de produção – teria o papel de eliminar ou reduzir esses custos de transação. Isso porque o empresário, ao controlar todos os recursos para a produção, deixaria de buscar bens no mercado, evitando negociações que gerassem os referidos custos de transação. O empresário está livre para organizar os fatores de produção da maneira como melhor lhe aprouver. Ele pode, por exemplo, licenciar uma marca, patentear um produto, contratar a sua produção a terceiro. Veja o caso da indústria da moda. Não é incomum se encontrar grandes empresários desse ramo que não possuem tecelagem nem confecção próprios. Eles possuem a marca e definem o design e o padrão de seus produtos. Contudo, eles encomendam os tecidos e a confecção das peças a outros empresários. Assim também o fazem quanto à distribuição dos produtos, que pode ficar a cargo de distribuidores, agentes e franqueados.

Esse padrão de organização favorece o surgimento de custos de transação. Isso porque a cadeia de produção não está totalmente sob o controle do empresário. Evidentemente, a celebração de contratos longos, de execução continuada e com cláusula de exclusividade podem abrandar esses custos de transação, gerando efeito análogo ao que ocorre na sociedade empresarial, em que há um único centro de imputação jurídica.

O fato é que a eliminação ou a mitigação desses custos de transação aumenta a eficiência dos mercados, motivo por que muitos economistas advertem que a intervenção do Estado, criando imbrincada rede de normas e obrigações legais, pode trazer mais malefícios do que benefícios, pois esse arranjo institucional pode provocar onerosos custos de transação. Essa vertente não será objeto de análise

neste trabalho, por ser afeita ao direito econômico. Limitar-se-á à análise da tutela jurídica da empresa pelo direito comercial e suas implicações no âmbito da responsabilidade civil.

4 – O RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA DA EMPRESA PELO DIREITO

O exercício da atividade empresarial é de tamanha importância, que o Direito não poderia deixar de lhe dar atenção. E de fato o faz. A empresa recebe a tutela dos ordenamentos jurídicos.

O Código Civil não só adotou a teoria da empresa, como lhe conferiu tratamento distinto, estabelecendo um regime jurídico próprio que cuida de inúmeros aspectos substanciais, como as condições para desfrutar desse regime, a capacidade para ser empresário, a contratação ou instituição de sociedades, a formação de seu patrimônio, a proteção de seus bens, a disciplina de seus atos, a organização de suas finanças, entre outros.

Conquanto o título original do Livro II fosse “Da Atividade Negocial”, conceito que abrange todas as atividades econômicas, sejam ou não empresariais, o Código Civil não trata, no aventado Livro, de outras atividades econômicas exercidas diretamente por pessoas naturais, como é o caso dos profissionais autônomos ou daqueles que possuem profissão regulamentada. Estas são disciplinadas pela parte geral das obrigações e dos contratos civis; por leis especiais e regulamentos editados por entidades de classe, como ocorre no caso das profissões regulamentadas por conselhos, ou pelo direito do trabalho.

O aventado Livro II, não obstante disciplinar a sociedade simples, tem como principal foco o empresário, seja ele pessoa física ou jurídica. Não há nisso nenhum demérito quanto às outras atividades econômicas, que não são empresariais. Estas são igualmente tuteladas pelo direito. A Constituição da República Federativa do Brasil elenca, entre os direitos fundamentais, o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII). Nota-se também que, assim como a

propriedade imaterial empresarial recebe proteção jurídica, as atividades intelectuais também têm reconhecidos direitos autorais (Lei nº 9.610/98).

Esse fato de o Livro II não tratar dessas outras atividades econômicas exercidas profissionalmente por indivíduos⁹, apenas ilustra uma opção política do legislador, que preferiu, quanto a esse ponto, deixar a matéria a cargo de outros sistemas normativos. De toda sorte, ainda que involuntariamente, essa opção se justifica pelo fato de a empresa ter um papel notável para o mercado, constituindo-se em veículo para supressão de algumas de suas falhas e, conseqüentemente, gerando eficiência. Esse, por sinal, é o motivo de este trabalho, conquanto se referir a atividades negociais, centrar-se na empresa.

O que é empresa? Empresa é uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Se ela é apenas uma atividade, deve existir uma pessoa que a exerça. Essa pessoa é o empresário. Ele é, então, o titular da empresa. É quem “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”, na exata dicção do art. 966 do Código Civil de 2002. É o sujeito de direito, a quem cabe dirigir a atividade, que, assim, constitui-se em objeto de direito.

Verifica-se, portanto, que o direito reconhece a importância da atividade profissional exercida pelo empresário, seja ele pessoa jurídica ou pessoa física, tanto que a tutela por meio de normas que disciplinam sua constituição, desenvolvimento e extinção, assim como as relações jurídicas das quais ela participa ou possui interesse.

5 – O DANO À EMPRESA E A SUA REPARAÇÃO

Chegado o momento de apreciar a reparação do dano às atividades negociais. O objetivo não é o de analisar conceitos sedimen-

⁹ O Código Civil trata dos ofícios auxiliares da empresa (arts. 1.177 e 1.178), mas de forma complementar e não exaustiva.

tados, mas sim de levantar hipóteses relacionadas à reparação ou até mesmo à reparação de danos causados à atividade negocial, em especial à empresa.

A humanidade precisa de um sistema de cooperação, pois ninguém é autossuficiente; essa cooperação se dá, em grande parte, em ambientes denominados mercados. As trocas entre os inúmeros agentes de mercado só são viabilizadas porque existem regras claras que tornam as relações jurídicas havidas seguras. O mercado, como uma instituição, possui um ordenamento próprio, que prevê direitos e impõe deveres a todos que dele participam.

Há um custo para que o indivíduo participe do mercado. Ele é justamente o de cumprir com os deveres previstos no ordenamento do mercado. Trata-se de custo que não foi considerado pela teoria econômica neoclássica. Esta se baseava em um modelo segundo o qual os custos de produção de um determinado bem e os benefícios decorrentes de sua negociação caberiam ao produtor ou vendedor, enquanto que os custos para a aquisição do bem seriam de quem o adquirisse. Esses seriam os limites da relação de mercado. No entanto, além dos já referidos, existem outros custos que o indivíduo tem de incorrer para participar do mercado. Ademais, determinadas situações geram custos ou benefícios que transcendem os aventados limites, afetando terceiros, sem que para esses novos custos se tenha estabelecido preços, de modo que a sua circulação seria, assim, externa ao mercado¹⁰.

Sucedem que a teoria da responsabilidade civil, que preceitua tanto o inadimplemento de uma obrigação, quanto o descumprimento de um dever legal, foi edificada sobre os fundamentos da teoria neoclássica. Ela também não considerou, especificamente no tocante à reparação dos danos, a questão dos custos de transação e dos custos sociais.

10 YAZBEC, Otávio, op. cit., p. 47.

A omissão quanto a esses pontos reverbera nas relações negociais. A concepção neoclássica entra em choque com a visão pós-moderna da sociedade, com a tutela da livre iniciativa, da livre concorrência e da empresa. Torna-se necessário o lançamento de outras luzes sobre essa questão.

5.1 — O dano material

Dano, como anota Agostinho Alvim, é a lesão do patrimônio¹¹, sendo que esse é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Ele deve ser avaliado subjetivamente. Não à toa, o coautor do Código Civil, responsável pelo Livro do Direito das Obrigações, prefere a expressão “danos e interesses” a “perdas e danos”¹². Isso porque perda e dano tem o mesmo significado, ao passo que a palavra interesse, tal como ocorre com a expressão francesa *dommages et intérêts*, traduz a subjetividade do dano. No entanto, o citado jurista conformou-se ao costume já arraigado e manteve aquela expressão no anteprojeto, que foi aprovado com essa mesma expressão, que hoje figura no Código Civil de 2002.

Para apuração do dano material, adota-se o princípio da diferença, segundo o qual o dano é estimado pela redução do patrimônio da vítima. Esse princípio não traduz apenas uma perda imediata. Ou seja, não basta uma simples conta de subtração entre o valor do patrimônio original e o que restou após a ocorrência do dano para se apurar o valor da reparação. Devem ser considerados também aqueles lucros que, conquanto ainda não integrassem o patrimônio, a vítima tinha como justa a expectativa de receber, isto é, não devem ser computados apenas o lucro que se estancou, como, por exemplo, o

11 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1972., p. 172.

12 *Ibidem*, p. 175.

que alguém normalmente obtinha, em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de descumprimento de dever legal ou de inexecução de obrigação por parte de outrem. Lucro cessante é isso, mas também é aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes¹³.

Dispõe o Código que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (art. 403).

É fato, assim, que o dano deve compreender apenas os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dele direto e imediato. Advirta-se que, uma vez demonstrada essa relação de causa e efeito, a reparação há de ser completa, integral. Ela deverá compreender todo o prejuízo arcado. Em outras palavras, não é a extensão do dano que se submete àquela relação de causa e efeito com o ato que o ocasionou. Uma vez causado o dano, a reparação deverá ser total.

A extensão da reparação encontra limite na repercussão que o dano teve no patrimônio da vítima. O causador do dano não está obrigado a indenizar nada mais do que a perda efetivamente experimentada e apurada segundo o princípio da diferença. Tanto assim, que o referido art. 403 do Código Civil diz textualmente que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Logo, não há espaço para indenização de caráter punitivo. Confirma essa assertiva, o parágrafo único do art. 944, que autoriza apenas a redução da indenização e não a sua majoração, em casos onde houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Pode ocorrer de haver indenização sem dano. Isso se dá em casos, nos quais a lei dispensa a prova quanto à perda. Ou seja, quan-

13 Ibidem, p. 174.

do o prejuízo é estimado previamente. São casos tais: a cláusula penal (CC, artigos 408 a 416) e os juros moratórios (CC, artigos 406 e 407).

Ainda que a vítima não experimente um dano efetivo, a indenização pelo descumprimento total ou parcial da obrigação será devida. Se a cláusula penal for estipulada para o caso de inadimplemento absoluto, poderá ser convertida em indenização em benefício do credor, que, assim, não poderá exigir o cumprimento da obrigação (CC, art. 410). Contudo, se ela se referir à mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada, o credor terá a faculdade de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal (CC, art. 411).

Da mesma forma, as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, são pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo de pena convencional (CC, art. 404).

O Código Civil procurou dar o máximo de efetividade ao princípio da reparação do dano. Ao contrário do diploma anterior, que não admitia a discussão sobre o valor de indenizações já preestabelecidas, como eram os casos dos juros moratórios e da cláusula penal, o atual permite indenização suplementar, quando preenchidos os requisitos para tal.

O art. 1.061 do Código Civil de 1916 dispunha que “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional”. Ele nada referia para o caso de os juros moratórios não cobrirem integralmente o dano. Agostinho Alvim considerava essa regra injusta¹⁴. Logo, o Código Civil de 2002 previu a possibilidade de, “provado que os juros

14 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1972

de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

O mesmo se dá com a cláusula penal. O art. 927 do Código Civil estabelecia uma limitação para ela, qual seja, a de que o valor da multa não poderia ser superior ao da obrigação principal. Todavia, ele não previa o pagamento de indenização suplementar para a hipótese de a cominação prevista na cláusula penal ser inferior ao dano. Isso também foi superado pelo Código Civil em vigor, que, conquanto tenha mantido a limitação acerca do valor da cominação nela imposta – que não pode exceder ao da obrigação principal –, admite o pagamento de indenização suplementar, desde que as partes tenham assim convencionado. Nesse caso, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo (Código Civil, art. 416, parágrafo único).

Para a hipótese aventada neste estudo, é necessário considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil erigiu como princípio nuclear de seu sistema a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Donde se pressupõe que ela assegura a autonomia e a capacidade de autodeterminação das pessoas, observados os limites legais. Ela protege, assim, o direito de a pessoa procurar maximizar seu bem-estar.

Isso pode ser feito pela sua participação no mercado, até porque este é, sobretudo numa economia capitalista, o caminho que ordinariamente os indivíduos tomam para alcançar esse desiderato. Não é de se estranhar, assim, que a Constituição da República Federativa do Brasil também tutele a livre iniciativa (art. 170, *caput*), o livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), a propriedade privada (art. 5º, XXII c/c art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV). Esses são institutos que remetem ao sistema liberal neoclássico do mercado. Sem embargo, a Constituição da República Federativa do Brasil não os prevê despidos de uma complementação necessária, pois faz alusão a valores da pós-modernidade. Fala-se, assim, em função social

da propriedade, em defesa do consumidor, em proteção do meio ambiente e em redução de desigualdades.

O ordenamento jurídico não só reconhece a empresa como um fenômeno que favorece o mercado, como a tutela. Por outro lado, ele prevê, como remédio para a violação de deveres legais e descumprimento de obrigações, o direito de a vítima obter a reparação integral do dano sofrido.

Ora, se é assim, então danos causados por falhas do mercado devem ser reparados. Não há por que o credor de uma obrigação deixar de obter uma indenização que não contemple todos os custos de transação por ele incorridos para viabilizar o negócio jurídico, que deixou de ser cumprido pela contraparte.

Conclui-se com Eduardo Tomasevicius Filho, que

os danos a serem indenizados compreendem as despesas efetivadas nas negociações ou custos de transação na negociação, que abrangem o tempo perdido em face do desvio de seu trabalho, as despesas realizadas com estudos, viagens, redação de minutas, projetos, assistência de advogados, notários, a imobilização do capital, e como lucros cessantes a perda da oportunidade de negociar com outrem. Além disso, pode compreender eventualmente a perda real da ocasião de concluir o contrato, bem como na perda da ocasião de concluir outro contrato de conteúdo diverso¹⁵.

Assim também deve ocorrer no caso de responsabilidade civil extracontratual: um empresário que foi prejudicado por um concorrente pela prática de uma infração à ordem econômica, deve obter o ressarcimento pelos danos suportados. O mesmo deve acontecer no caso de um investidor do mercado de capitais, que sofre danos pela prática de *insider trading*.

15 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. 2007. 494f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007 f. 442.

5.2 – Hipóteses emblemáticas e o seu tratamento pelos tribunais

Por fim, serão analisadas quatro hipóteses de litígio envolvendo a discussão sobre a prevenção ou a reparação de danos relacionados a custos de transação e o seu tratamento pela jurisprudência.

5.2.1 – Concorrência desleal – contrafação de marca e patente

A marca, assim como a patente, é um bem imaterial, que compõe o estabelecimento empresarial. Aliás, no tocante a este, é necessário destacar a existência de confusão terminológica, sobretudo entre os não iniciados, acerca dos conceitos de empresa, empresário e estabelecimento. Não é incomum ver pessoas se referirem a uma sociedade empresarial como empresa ou estabelecimento, assim como chamarem de empresário alguém que é sócio ou administrador de sociedade empresária. Essas referências são equivocadas. A empresa é uma atividade econômica – ela é, portanto, um objeto de direito –, que é exercida por um sujeito de direito, que pode ser tanto uma pessoa física, o empresário individual, ou jurídica, EIRELI ou sociedade empresária. O empresário exerce essa atividade por meio de um complexo de bens denominado estabelecimento empresarial. Ele não se confunde, portanto, com a sociedade empresária ou com o local físico onde a atividade do empresário é exercida.

Segundo o art. 1.142 do Código Civil, “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. O Código se refere a estabelecimento como complexo de bens, não necessariamente bens de propriedade do empresário. Eles podem envolver bens de terceiros, que estão na posse do titular do estabelecimento por força de algum título. Assim, integram esse complexo o imóvel onde a atividade é exercida, ainda que alugado, equipamentos adquiridos por arrendamento mercantil, bens cedidos por comodato, licenças e direitos de propriedade intelectual, *know how*, etc. Não se deve

confundir estabelecimento com patrimônio do empresário, pois, como salienta Marlon Tomazette,

no patrimônio, estão reunidas todas as relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa, ainda que não guardem relação entre si. Já no estabelecimento o essencial é que esse complexo de bens seja organizado pelo empresário para o exercício de empresa¹⁶.

Esses bens são organizados pelo empresário, com vistas ao atendimento de uma mesma finalidade. O que os distingue de outros quaisquer, ainda que pertencentes ao empresário, é justamente a organização e a finalidade comum. São esses elementos, inclusive, que lhes conferem um sobrevalor, quando alienados em conjunto. Ou seja, se os bens que compõem o estabelecimento fossem avaliados separadamente, o resultado dessa soma seria um valor menor do que o da avaliação atribuída ao conjunto organizado.

O empresário produz a partir dos fatores de produção. Para tanto, ele precisa organizá-los, pois, isoladamente, esses bens não geram nenhuma riqueza. Cite-se o exemplo de um supermercado. Se avaliados isoladamente os bens que compõem o estabelecimento, tal como estantes, carrinhos de compra, luminárias, geladeiras, estes não terão nenhum valor sobressalente. Eles valerão o preço que o mercado lhes confere. Agora, se esses bens forem organizados, de maneira a atrair clientes, eles serão capazes de, em conjunto, criar riqueza, de gerar lucro. Essa organização é a mais importante variável da atividade comercial. O sucesso ou o fracasso da empresa está a depender dela. Ela está diretamente relacionada ao risco do negócio.

Essa organização tem um valor econômico. Por isso o valor do estabelecimento tende a ser superior ao da soma de todos os bens que o compõem se avaliados isoladamente. A esse sobrevalor ou

¹⁶ TOMAZETTE, Marlon, *Curso de direito empresarial*, v. 1, 6ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

mais valia decorrentes da organização dos bens e direitos relacionados ao exercício da atividade comercial dá-se o nome de aviamento.

O aviamento não se confunde com a clientela. Ele é, na verdade, o resultado da organização que possibilita ao empresário a sua captação. Logo, ele pode ser medido pela clientela do empresário. Em princípio, quanto maior for a clientela, maior será o valor atribuído ao aviamento.

O aviamento não pertence ao empresário titular do estabelecimento. Ele é um atributo da empresa. Trata-se do valor econômico atribuído à organização dos fatores combinados que compõem o estabelecimento. Assim, ele não pode ser tratado de forma separada. Não é possível se alienar apenas o aviamento. Isso não significa que o direito deve desprezá-lo. Pelo contrário. Como uma situação jurídica, o aviamento há de ser considerado, sobretudo em casos de resolução de sociedades em relação a um sócio, nos casos de alienação de controle ou de compra de estabelecimento (Código Civil, art. 1.187, parágrafo único, III) e em casos de responsabilidade civil.

Como dito acima, entre os bens que podem aderir ao estabelecimento está a marca. Trata-se de bem imaterial que tem como finalidade distinguir um produto ou um serviço. Nas palavras de João da Gama Cerqueira, cuidam-se de sinais que

marcam, efetivamente, o produto, que passa a ser um produto diferente, na multidão dos produtos congêneres. A marca individualiza o produto, identifica-o, distingue-o dos outros similares, não pela sua origem, mas pelo seu próprio emblema ou pela denominação que a constitui¹⁷.

Com a evolução da atividade empresarial e do próprio direito marcário, este sinal foi ganhando tamanha importância que, muitas

17 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*, atual. por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 242.

vezes, destacam-se do fornecedor do produto ou serviço, assumindo uma individualidade própria e objetiva¹⁸.

Para se alcançar essa expressão econômica, são necessários muitos esforços por parte do empresário, seja ele pessoa física ou jurídica. Isso vem acompanhado de muitos gastos, sobretudo com questões legais e de registro. Logo, a violação à marca tem um potencial de dano muito elevado e envolve custos que os juristas estão pouco familiarizados.

A contrafação de marca, em princípio, provoca perdas e danos, sobretudo porque, ao vulgarizá-la, o contrafator prejudica a imagem do empresário e confunde os consumidores, que acabam se afastando, mesmo os considerados fiéis. Enfim, essa conduta tem como consequência a depreciação do estabelecimento, desvalorizando o aviamento. Além disso, o contrafator obtém lucros injustos às custas do titular da marca, enriquecendo-se ilicitamente.

Nada obstante, a jurisprudência, embora reconhecesse a ilicitude da contrafação, à luz do que dispõe a Lei nº 9.279/96, não conferia indenização por perdas e danos ao titular da marca violada, em razão da dificuldade de comprovação do dano. Isto porque nem sempre a vítima dessa conduta ilícita experimenta um prejuízo que possa ser apurado, contabilmente, pelo princípio da diferença. Em muitos casos, o titular da marca não chega a alcançar uma redução expressiva de seu faturamento, uma vez que o consumidor do produto falsificado não é o mesmo que adquire o produto original. Assim, a posição inicial dos tribunais era pela improcedência do pedido indenizatório¹⁹.

18 Ibidem, p. 250.

19 Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013028709. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 7 de mai. de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 115.088-RJ. Brasília, DF, 3 de ago. 1999. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014; BRASIL. Recurso Especial n. 316.275-PR. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 18 de set. 2001. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014.

Houve, por bem, uma guinada nesse entendimento. No julgamento do recurso especial n. 466.761-RJ, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que

na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.

Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação.

A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais²⁰.

Note que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do aventado recurso especial, afastou-se da orientação tradicional, conferindo ao princípio da reparação integral um espectro mais abrangente, na linha da subjetividade do dano. A Corte considerou justamente a violação a direitos materiais integrantes do estabelecimento e que não refletem a simples utilidade marginal. São elementos que devem ser valorados a partir de uma análise econômica mais rebuscada, que considere também custos de transação, custos sociais e os custos de oportunidade. É importante destacar que esta passou a ser a orientação adotada por aquela Corte²¹.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.136/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 04 de ago. 2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 de abr. 2015.

21 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.207.952-AM. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 23 de ago. 2011; BRASIL. Superior Tribunal

5.2.2 – A responsabilidade das transportadoras aéreas

A problemática da responsabilidade decorrente do descumprimento de obrigações relacionadas ao transporte aéreo de passageiros e de carga ainda não encontrou nos tribunais brasileiros uma solução definitiva. Há, sobretudo quanto ao transporte aéreo internacional, um impasse referente às normas que devem ser aplicadas. De um lado, postam-se a Convenção de Varsóvia, promulgada pelo Decreto-lei nº 20.704/31 (alterada pelo Protocolo de emenda da Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, promulgado pelo Decreto nº 56.463/65, e pelo Convênio complementar ao Convênio de Varsóvia, promulgado pelo Decreto nº 60.967/67), a Convenção de Montreal, promulgada pelo Decreto nº 5.910/2006, que, na dicção do artigo 55, prevalece sobre os tratados anteriormente citados, a Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBAr) e o Código Civil. Do outro lado, fica a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Esse aparente conflito de normas – diz-se aparente, porque o Direito, como um sistema, não pode acolher antinomias, motivo pelo qual eventuais conflitos devem ser superados em prol de sua harmonia – se dá em razão de dúvidas acerca da qualidade e da extensão da tutela de direitos do consumidor. Ele se concentra basicamente em quatro questões: (i) o tipo de responsabilidade do transportador aéreo – se objetiva ou subjetiva –; (ii) os fatores que poderão excluir a responsabilidade desse transportador; (iii) o prazo de prescrição; (iv) a extensão da reparação dos danos.

de Justiça. Recurso Especial n. 710.376/RJ. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 15 de dez. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 978.200/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 19 de nov. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.136/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 12 de nov. 2013. Disponíveis em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 de jun. 2014.

Conquanto o Código de Defesa do Consumidor seja posterior às normas acima mencionadas, com exceção da Convenção de Montreal, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 2006, estas – com exceção do Código Civil – tratam de matérias especiais. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor disciplina os aspectos gerais das relações de consumo, ao passo que a Convenção de Varsóvia, a Convenção de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica dispõem sobre as relações contratuais entre fornecedor do serviço de transporte aéreo e o consumidor desse serviço, além de outros assuntos relacionados a essa atividade econômica.

Há, assim, uma corrente que defende a prevalência das aventadas Convenções e do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de Defesa do Consumidor, em vista do disposto no artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que dispõe sobre o princípio da especialidade das normas. No tocante ao transporte aéreo internacional, acrescenta-se a esse argumento o contido no artigo 178 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual determina a observância dos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, entendeu pela aplicação das convenções internacionais a casos envolvendo a responsabilidade civil de transportadores aéreos²².

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, possui inúmeros precedentes em sentido diametralmente oposto, entendendo pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor em casos envolvendo a responsabilidade civil decorrente de contrato de transporte aéreo²³.

22 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 297.901-RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Brasília, DF, 7 de mar. 2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014.

23 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 957.245-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 5 de ago. 2008. Disponível

Em apertada síntese, essa segunda corrente fundamenta seu entendimento na proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil confere ao consumidor (artigo 5º, XXXII e artigo 170, V) e também no princípio constitucional da plena reparação dos danos materiais e morais (artigo 5º, incisos V e X). Esses argumentos levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer que essa questão possui repercussão geral. O recurso que trata sobre essa questão ainda não foi julgado pela Corte Suprema do Brasil²⁴.

Além das questões já suscitadas, revela-se importante pesar, no exame desse problema jurídico, aspectos econômicos, notadamente aqueles orientados pela eficiência. Com efeito, um dos objeti-

em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 959.403-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 de jun. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 277.541-SP. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 de ago. 2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 552.553-RJ. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, DF, 12 de dez. 2005. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 257.297-SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 15 de fev. 2005. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 151.401-SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 17 de jun. 2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 602.014-RJ. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Quarta Turma. Brasília, DF, 18 de dez. 2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo nº 464.549-RJ. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 de jun. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 316.280-SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 6 de fev. 2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos no Recurso Especial nº 269.353-SP. Relator: Ministro Castro Filho. Segunda Seção. Brasília, DF, 24 de abr. 2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 394.519-RO. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Brasília, DF, 21 de mar. 2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento nº 762184-RJ. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 22 de out. 2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18 de jul. 2014.

vos da análise econômica do direito é buscar soluções para problemas jurídicos que atendam ao critério de eficiência sob o ponto de vista econômico. Uma solução que não atente para esse objetivo, sequer será justa. De que adianta um mecanismo de resolução de conflitos, que imponha custos superiores aos possíveis ganhos; que obrigue uma das partes a tomar cuidados para prevenir danos tão onerosos, que inviabilize a atividade ou a torne tão cara, que, quando esta for indispensável para o convívio em sociedade, transfira para todos os riscos de alguns poucos.

O transporte aéreo, por mais seguro que seja, está exposto a certos riscos imprevisíveis ou inevitáveis. À guisa de exemplo, somente no ano de 2014, dois acidentes aéreos catastróficos, envolvendo a mesma companhia aérea, causaram enorme comoção e estardalhaço. As circunstâncias que motivaram esses acidentes eram impensadas, sendo certo que eles não poderiam ter sido evitados. Um, o do desaparecimento do voo MH 370 da Malaysia Airlines, até o momento não conseguiu ser totalmente explicado. O outro, o voo MH 17 da mesma companhia, caiu na Ucrânia, possivelmente atingido por um míssil.

Não seria justo impor às sociedades de transporte aéreo o encargo de tomar providências para prevenir todo tipo de dano durante a prestação do serviço, o que incluiria até mesmo a força de intempéries ou a ação de homicidas e terroristas, como também não seria adequado relegar aos consumidores o risco de arcarem com danos dessa natureza.

A Convenção de Montreal deu uma solução adequada a essa questão. Ela admitiu a responsabilidade objetiva das sociedades de transporte aéreo internacional nos casos de morte ou lesões a passageiros, desde que os danos não sejam superiores a 100.000 (cem mil) Direitos Especiais de Saque (cujo valor é definido pelo Fundo Monetário Internacional). Acima dessa quantia, o transportador não será responsável pelos danos, se provar que: a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus

prepostos; ou b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro (Convenção de Montreal, artigo 21).

Já em caso de transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 (mil) Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pagado uma quantia suplementar, se for cabível. Nesse caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino (Convenção de Montreal, artigo 22.2).

Em sentido semelhante, no transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 (dezesete) Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino (Convenção de Montreal, artigo 22.3).

A Convenção de Montreal estabelece, contudo, que os limites prescritos não constituem obstáculo para que a Justiça conceda, de acordo com a lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. Isso, contudo, não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior (Convenção de Montreal, artigo 22.6).

Essas disposições da aventada Convenção de Montreal, ratificada pelo Brasil, ao prever mecanismos que assegurem a comutatividade das obrigações contraídas pelas partes no contrato de transporte, asseguram o equilíbrio econômico-financeiro daquele negócio jurídico, evitando que surjam externalidades negativas e custos de transação, que afetassem a formação do preço. Em outras palavras, ao estabelecer que as sociedades que prestam esse tipo de serviço respondem até um determinado teto pelos danos suportados pelos passageiros, sendo que, acima desse limite, sua responsabilidade será subjetiva ou mesmo quando condiciona ao aumento do teto de indenização ao pagamento de um prêmio, a aventada convenção internacional equilibra as obrigações das partes envolvidas. Com isso, a transportadora não precisará repassar para os demais passageiros os custos extraordinários surgidos em um determinado contrato de prestação de serviço de transporte. Ou seja, ela poderá oferecer passagens aéreas pelo seu custo marginal, suprindo, assim, as falhas decorrentes de custos de transação e externalidades.

Portanto, além dos aspectos levantados pelas duas correntes acima mencionadas, seria importante que essas circunstâncias relacionadas à análise econômica fossem consideradas na resolução desse imbróglio.

5.2.3 – O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias

O mercado de venda de imóveis a construir ou em construção possui acentuados riscos de inadimplência pelos contraentes. O incorporador pode não obter os recursos financeiros necessários para concluir a obra. Há o risco de ele não atender às exigências legais e demorar a legalizar a construção ou mesmo não o lograr fazer; existe também a possibilidade de o imóvel ser entregue com vícios. Por seu turno, os titulares do direito à aquisição das unidades autônomas em edificação sob regime condominial podem não conseguir saldar o preço do imóvel.

A consequência danosa decorrente da inadimplência dos titulares do direito à aquisição das unidades autônomas em edificação sob regime condominial é reduzida pelo fato de o imóvel a construir ou em construção representar uma garantia real dessa dívida. Assim, o credor dessa obrigação não encontrará maiores dificuldades para recuperar o seu crédito, no caso de inadimplemento do adquirente do imóvel.

Quando, porém, a parte faltante for o incorporador? Como as pessoas que adquiriram frações ideais de terreno vinculadas a unidades autônomas em edificação sob regime condominial poderão obter o ressarcimento dos danos causados pelo inadimplemento de obrigações contraídas por ele?

Para responder a essas perguntas, deve-se, inicialmente, conceituar incorporador, para que se possa identificar as obrigações por ele assumidas e que, portanto, estão passíveis de não ser cumpridas. Isto é necessário para se estimar os riscos envolvidos nesse negócio.

A Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio edilício e incorporação imobiliária, em seu artigo 29, considera incorporador a pessoa física ou jurídica, empresário ou não, que,

embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras.

Em resumo, o incorporador é quem negocia a venda dos imóveis que virão a ser construídos, captando os recursos necessários para a construção do empreendimento imobiliário, e assume a obrigação de concluir as obras e entregar as aventadas unidades autônomas. O incorporador não será necessariamente o construtor. Ele pode

contratar a empreitada a terceiros, ficando responsável pela captação dos recursos e pela coordenação do empreendimento.

Conquanto existam normas estabelecendo deveres e obrigações ao incorporador, com vistas à proteção dos adquirentes das unidades autônomas, como são exemplos a própria Lei nº 4.591/64, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79), o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, é inegável que as partes não têm acesso às mesmas informações. O adquirente não tem como exercer uma fiscalização efetiva do contrato durante a construção. Além disso, ele não tem pleno acesso à situação patrimonial e financeira do incorporador e do construtor (que, como visto, podem ou não ser a mesma pessoa). Trata-se, portanto, de um mercado que conta com a falha da assimetria das informações.

Essa falha atinge muito mais os consumidores desse mercado do que os fornecedores. Isto porque, como dito acima, as obrigações contraídas pelos consumidores são garantidas pelo próprio imóvel a construir ou em construção, o que, a toda evidência, reduz o risco de perdas por inadimplência. Existe, obviamente, a preocupação de se conferir efetividade a essa garantia. Por isso o direito prevê alguns institutos que podem salvaguardar o crédito dos incorporadores, entre os quais, destacam-se a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, disciplinada pela Lei nº 9.514/97, e a hipoteca, tratada nos artigos 1.419 a 1.430 e 1.473 a 1.505 todos do Código Civil.

O mesmo ocorre em relação aos consumidores desse mercado. Ressalta-se, à guisa de exemplo, que a Lei nº 4.591/64 dispõe que, quando o incorporador contrata a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, ele responde civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras. Será, contudo, possível o incorporador demandar ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa (art. 43, II).

Existe, como dito acima, o risco de o incorporador atrasar a entrega das unidades autônomas ou mesmo de ele não concluir a construção da edificação sob regime condominial. Neste caso, o patrimônio do incorporador será a garantia do ressarcimento dos danos aos adquirentes das unidades imobiliárias.

O problema se dá quando esse patrimônio não é suficiente para resguardar esses riscos. A Lei nº 4.591/64 dispõe, no inciso III do artigo 43, que

em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste.

É possível notar que, mesmo antes da Lei nº 10.931/2004, que instituiu o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, a aventada Lei de Condomínios Edilícios e Incorporações Imobiliárias já reconhecia a função social desse tipo de atividade negocial, tanto que previa a possibilidade de a maioria dos adquirentes das unidades imobiliárias prosseguir na construção da edificação. Se eles, contudo, não o pudessem fazer, teriam, então, o direito de habilitar seus créditos, como privilegiados, na massa falida.

Sucede que o revogado Decreto-lei nº 7.661/45 (antiga Lei de Falências) não tinha nenhuma norma específica para as incorporações imobiliárias, que excluísse da arrecadação dos bens do falido, aqueles destinados a esse tipo de empreendimento. Assim, as unidades autônomas que não tivessem sido vendidas ou aquelas pertencentes a pessoas que preferiram requerer a resolução do contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda celebrado com o incorporador, deveriam, a rigor, serem arrecadadas e alienadas para o pagamento dos credores do falido.

Essa solução não é a mais adequada para o incremento desse mercado, porque dificulta a conclusão das edificações, causando da-

nos aos adquirentes das unidades em construção. Ela traz mais incertezas e riscos para esse mercado, o que afeta, em última análise, o preço dos imóveis e a sua eficiência.

Além disso, ela reverbera negativamente na sociedade, pois grande parte desses imóveis a construir ou em construção são destinados a moradia, direito que encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 6º, *caput*). Soma-se a isso, o fato de que muitas cidades brasileiras têm déficit de imóveis, sobretudo daqueles destinados à moradia. A incorporação imobiliária, por seu turno, é um importante instrumento para alavancar a construção de imóveis. Tanto assim, que é crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações (Lei nº 4.591/64, artigo 65). Conseqüentemente, uma solução inadequada para o caso de falência do incorporador produz efeitos nocivos para esse tipo de mercado e também para a sociedade como um todo.

Isso foi bastante sentido, quando da falência da Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria. A Encol S.A. foi uma das maiores sociedades empresárias brasileiras com atuação no setor de construção civil, tendo promovido inúmeras incorporações imobiliárias. Na década de 90, ela entrou em processo de decadência, após problemas administrativos ocasionados, principalmente, pela gestão temerária de seus administradores, que redundou com a decretação de sua falência, no ano de 1999, com dívidas superiores a R\$ 1 bilhão.

Com isso, vários edifícios em construção foram abandonados. Estima-se que, com essa falência, mais de 700 (setecentas) obras foram paralisadas, o que causou danos a cerca de 23.000 (vinte e três mil) empregados e 42.000 (quarenta e dois mil) clientes.

Para impedir que essas edificações a construir ou em construção fossem arrecadas pela massa falida, o que atrasaria ou mesmo inviabilizaria a conclusão das obras, o juiz da falência proferiu deci-

sões deferindo pedidos formulados por adquirentes organizados em comissões, para autorizar que as “unidades estoque” (aquelas não comercializadas pela Encol) e as “unidades dos não aderentes” (daquelas que não quiseram aderir à comissão) fossem excluídas de qualquer vinculação com a massa falida, propiciando a retomada e conclusão da edificação, independentemente de qualquer compensação financeira. Além disso, ele também autorizou, após a realização de assembleia geral, a substituição da Encol no registro imobiliário.

Muito embora a antiga Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45) não previsse uma exceção que excluísse da arrecadação dos bens do falido esse tipo de bem, o juiz daquela falência proferiu decisão que, conquanto fosse, a princípio, *de lege ferenda*, prestigiava a finalidade social e econômica da norma.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a analisar, ainda que indiretamente, a legalidade dessa decisão judicial. Isso ocorreu no julgamento de um recurso especial²⁵, em que se discutia se a sociedade empresária que sucedeu a Encol na condição de incorporador imobiliária – após o juízo falimentar ter deferido o pedido da comissão de adquirentes para excluir da falência as unidades em estoque e aquelas que foram adquiridas por pessoas que não aderiram à aventada comissão – teria legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, na qual adquirente de unidade junto à Encol pretendia obter indenização pela resolução do contrato. A Corte Especial, no aventado julgamento, afirmou que

Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incor-

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.115.605/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 7 de abr. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, 18 de abr. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22 de jul. 2014.

poração, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes.

Nota-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça, conquanto reconhecesse se tratar de uma interpretação *de lege ferenda*, admitiu como correta a aludida decisão judicial que permitiu a exclusão das aventadas unidades da massa falida, por ter assegurado a funcionalidade econômica e preservado a função social do contrato de incorporação, “do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes”.

A reação da jurisprudência não foi solitária. Ela foi acompanhada por mudanças legislativas. A primeiro veio com a Lei nº 9.514/97, que instituiu a figura da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

De fato, numa incorporação imobiliária em que a comercialização das unidades se faça com alienação fiduciária, os adquirentes gozam de proteção contra os efeitos da falência do incorporador. Por efeito do negócio fiduciário, ao celebrar com o adquirente o contrato de alienação fiduciária, o incorporador se desprende do domínio sobre a fração ideal e acessões negociadas e torna-se proprietário fiduciário delas, pelo que daí em diante vincula-se à propriedade não mais como titular do domínio, mas tão somente para cumprimento da uma função fiduciária, que implica a entrega da unidade imobiliária ao adquirente. Assim, é possível afirmar que as frações ideais e acessões que constituirão as unidades imobiliárias passa a constituir um patrimônio individualizado, afetado a esse negócio jurídico. Logo, por estar destinado especificamente à consecução da incorporação, ele não poderia responder pelas dívidas que o incorporador tenha com terceiros, nem seria alcançado pelos efeitos da falência²⁶.

Em relação à incorporação imobiliária, essa proteção é apenas indireta. Isso porque ela não afasta o risco de descontinuidade da

26 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 4. ed. p. 297-298.

construção da edificação, na medida em que a separação patrimonial decorrente do negócio fiduciário não produz efeito sobre as unidades não vendidas ou sobre aquelas que foram retomadas pelo incorporador, em virtude da resolução do contrato de compra e venda celebrado com o adquirente.

A Lei nº 10.931/2004, que alterou a Lei nº 4.591/64, trouxe uma solução para esse problema. Para que a proteção dos adquirentes alcançasse maior eficácia e abrangência, essa lei autorizou que se atribuísse a cada incorporação imobiliária o caráter de patrimônio de afetação, de modo que todo o conjunto de direitos e obrigações do empreendimento ficasse vinculado à consecução desse negócio, especificamente.

Por meio da afetação, o empreendimento imobiliário passa a constituir um patrimônio autônomo. Assim, todos os créditos – seja qual for a sua natureza — trabalhistas, previdenciários, fiscais, com garantia real, etc. – ficam vinculados especificamente ao empreendimento imobiliário, não se comunicando com os créditos vinculados ao patrimônio geral do incorporador ou com os créditos vinculados aos outros patrimônios separados²⁷. Conseqüentemente, ele não é alcançado pelos efeitos da falência²⁸.

27 O Projeto de Lei nº 2.109/1999, de autoria do Deputado Ayrton Xêrez, que se converteu na mencionada Lei nº 10.931/2004 apresenta, como justificção, o fato de que, “na hipótese de quebra, o concurso dos credores há de circunscrever-se ao empreendimento a que os créditos estiverem vinculados, de modo que seus valores não sejam diminuídos por efeito de intercomunicação de dívidas constituídas pelo incorporador para finalidades diversas daquela incorporação específica. A segregação se justifica porque, em regra, parte ponderável de uma incorporação imobiliária sustenta-se com os recursos financeiros entregues ao incorporador pelos adquirentes ou por eventual financiador da obra. Por essa razão, é de todo recomendável a delimitação dos riscos desse negócio, para que, na hipótese de falência do incorporador, os adquirentes possam assumir a obra e, assim, fazendo, estejam seguros de que credores estranhos àquele empreendimento não poderão agredir aquele patrimônio” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificção do Projeto de Lei nº 2.109/1999. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 25 de nov. 1999, p. 57105).

28 Neste sentido, destaca-se o disposto no *caput* do artigo 31-F, da Lei nº 4.591/64, acrescentado pela Lei nº 10.931/2004: Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do

A constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias gera, por certo, novos custos de transação. Provavelmente por isso, o legislador o estabeleceu de forma facultativa. Isto é, cumpre ao incorporador escolher entre constitui-lo ou não.

A constituição pelo incorporador do patrimônio de afetação, conquanto possa aumentar os custos do empreendimento, dar-lhe-á mais solidez em virtude da redução dos riscos. Da mesma forma que a assimetria de informações tende a reduzir o valor dos bens negociados, como demonstrou AKERLOF, George, no seu *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970), a instituição de uma garantia idônea pode suprir essa falha de mercado. A consequência seria a valorização do produto e o ganho de eficiência pelo mercado.

Por outro lado, o fato de a instituição do patrimônio de afetação acrescentar novos custos de transação pode trazer efeitos inversos. Assim, notadamente por se tratar de um mercado bastante competitivo, revela-se adequada a opção do legislador de delegar ao incorporador a decisão de instituir ou não o patrimônio de afetação. Caberá a este, em vista das condições de mercado, tomar a decisão que entender mais adequada, da mesma forma que os consumidores terão melhores condições de avaliar os riscos de se adquirir uma unidade autônoma: eles saberão que, se o incorporador tiver instituído o patrimônio de afetação, os seus riscos serão menores, de modo que tenderão a pagar mais caro pelo imóvel, ao passo que, se o incorporador não o tiver instituído, então os riscos serão maiores, e a tendência é que o preço do imóvel seja mais baixo.

incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. A Lei de Falências e Recuperação (Lei nº 11.101/2005), ratificando o disposto acima, determina, no inciso IX, do artigo 119, que “os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer”.

5.2.4 – A desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo para obtenção da reparação integral do dano na Justiça do Trabalho

Já se tornou lugar comum o conflito entre capital e trabalho. Trata-se de relação que provoca animosidades e manifestações dos mais variados matizes; ela vai de discursos exaltados a análises técnicas e criteriosas. É, portanto, tema bastante sensível.

O direito do trabalho se ocupa exatamente da relação contratual, na qual se encontram, em polos opostos, o proprietário de capital e a pessoa que oferece seu trabalho em troca de remuneração. A experiência demonstra que essa relação não costuma se desenvolver de forma equilibrada. O empregador tende a possuir mais poder de barganha do que o empregado. A própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, promulgada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43, reconhece ao empregador a prerrogativa de dirigir a prestação pessoal de serviço (art. 2º, *caput*).

Como meio de equilibrar essa relação, o direito do trabalho busca tutelar a parte mais fraca, o empregado. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência, baseados nos princípios da proteção do trabalhador e da primazia da realidade, desenvolveram soluções para questões sensíveis para essa área do Direito.

Uma dessas questões sensíveis diz respeito à reparação integral do dano. Não é incomum a situação de um empregado que, diante do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo seu empregador, encontra dificuldades de receber seu crédito.

Há casos em que o empregado encontra dificuldade de haver seus créditos, pelo emprego de ardis por parte do empregador. Existem, entretanto, outros tantos, nos quais essa dificuldade não decorre da prática de atos ilícitos pelo empregador, mas por insuficiência patrimonial, consequência do insucesso de sua empresa.

Não obstante tratar-se de hipóteses muito distintas, percebe-se, da leitura de precedentes jurisprudenciais, que a Justiça do Traba-

ho tende a dar um tratamento uniforme a essas duas situações. Inspirados em dispositivos legais previstos no Código Tributário Nacional e no Código de Defesa do Consumidor, os tribunais trabalhistas costumam responsabilizar diretamente sócios de sociedades empresárias.

Já se afirmou que nas sociedades com sócios de responsabilidade limitada, estes devem responder diretamente por créditos trabalhistas, por força do disposto no art. 135, III, do Código Tributário Nacional²⁹, que, por sua vez, seria aplicável às relações contratuais trabalhistas, em vista da previsão contida no art. 889, da Consolidação das Leis Trabalhistas³⁰, que prevê a aplicação subsidiária da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) às execuções no âmbito do processo do trabalho³¹.

Também existem precedentes judiciais em que invocam a chamada “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”, amparados no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, para justificar o redirecionamento da execução contra sócios de responsabilidade limitada³². Há, ainda, casos em que o art. 2º, § 2º da Consoli-

29 BRASIL. Código Tributário Nacional. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

30 BRASIL. Código Consolidação das Leis Trabalhistas. Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

31 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Agravo de Petição em Embargos de Terceiro nº 00966-2009-017-02-00-4. Relator: Desembargador do Trabalho Antero Arantes Martins. Terceira Turma. Agravante: Maria Pia Esmeralda Matarazzo. Agravado: Lourivaldo Lima de Santana. São Paulo, SP, 13 de ago. 2010. Disponível em: www.trt2.jus.br. Acesso em: 25 de jul. 2014.

32 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Agravo de Petição em Embargos de Terceiro nº 0000932-76.2013.5.02.0090. Décima Sétima Turma. Relator: Desembargador do Trabalho Riva Fainberg Rosenthal. Agravante: Jaques Puga Abes. Agravado: Ademir Francisco

dação das Leis Trabalhistas é suscitado como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, o que é um equívoco, pois esta não trata de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas de ampliação do polo passivo da responsabilização pelos débitos existentes e não pagos ao empregado³³.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma desorientada, recebe críticas da doutrina. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, ao comentar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, manifestado no julgamento do Recurso Ordinário n.º 531.680³⁴, defende que

[...] há que se verificar se não há outra via para a reparação integral do empregado e não pressupor a culpa de todos os quotistas pelo não pagamento das obrigações trabalhistas. A decisão em comento desconsiderou a pessoa jurídica, isto é, eliminou completamente a separação patrimonial e tornou a sociedade e os sócios solidariamente responsáveis, sem perscrutar quem foram os responsáveis pelo encerramento irregular das atividades. Por conseguinte, sob a denominação “desconsideração” da personalidade jurídica, aplicou-se outro instituto – o da responsabilidade subsidiária³⁵.

De fato, ainda que se considere a hipossuficiência do empregado, chega a ser intuitiva a conclusão de que o empregador que

de Campos. São Paulo, SP, 24 de jan. 2014. Disponível em: www.trt2.jus.br. Acesso em: 25 de jul. 2014.

33 AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 171, jan./mar., 1993.

34 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção II. Recurso Ordinário nº 531.680. Relator: Ministro Ronaldo Leal. Brasília, DF, 26 de out. 1999. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 25 de jul. 2014.

35 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine*. 2003. 418f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, f. 162.

deixa de adimplir obrigações decorrentes de contrato de trabalho pelo insucesso de sua empresa, não pode sofrer o mesmo tratamento e as mesmas consequências daquele que age contrariamente ao direito, por meio da prática de condutas ilícitas.

A análise econômica do direito pode auxiliar na tarefa de justificar o tratamento diferenciado dessas duas situações. Com efeito, para essa linha doutrinária, deve-se avaliar se os custos para se prevenir um determinado dano são superiores às perdas eventualmente suportadas pela vítima. Se esses custos para prevenção forem superiores às perdas, então não seria eficiente se atribuir ao causador do dano a responsabilidade pela reparação. O risco de dano se situaria, nesse caso, na órbita da imprevisibilidade ou da inevitabilidade. Se ocorrer o contrário, *i. e.*, se os custos de prevenção forem inferiores aos possíveis danos, então seria eficiente imputar ao agente a responsabilidade pela reparação da perda.

A exploração de empresa envolve riscos. O empregado sabe disso. Ele sabe que o empresário pode quebrar; que ele pode ter uma crise de iliquidez ou mesmo de solvabilidade. Tanto isso é verdade, que a lei assegura ao empregado uma série de benefícios e privilégios, com vistas à facilitação de seu crédito trabalhista. Porém, a lei não o exime de todos os riscos relacionados ao recebimento desses créditos. Em outras palavras, o empregado também tem o risco de não receber os créditos decorrentes de contrato de trabalho. Isso é algo natural, que pode acontecer, sem que se reste configurado abuso do direito ou fraude à lei por parte do empregador inadimplente.

Obviamente, empresário tem como prevenir ou evitar a prática de abuso do direito ou de fraude à lei. Isso depende exclusivamente da sua própria conduta. Muitas vezes, contudo, ele não tem como prevenir ou evitar o insucesso de sua empresa e uma crise de solvabilidade.

Por isso, é necessário que a desconsideração da personalidade jurídica seja aplicada de forma criteriosa, seguindo os parâmetros legais, pois existe riscos de serem causados danos ainda maiores.

6 – CONCLUSÃO

O direito, por tutelar a empresa e repelir os danos que esta sofra pela prática de atos ilícitos ou antijurídicos, deve procurar suprir as chamadas falhas de mercado. Isso pode se dar de várias formas: da atuação direta do Estado na economia ao estabelecimento de normas que disciplinam a atividade econômica.

Este texto se ocupou da reparação dos danos à atividade negocial. O instituto da responsabilidade civil pode servir como um importante instrumento para reduzir ou mesmo suprir as falhas de mercado, notadamente por meio da imposição do dever de reparar os custos sociais e os custos de transação. Em outras palavras, a indenização não pode ficar limitada apenas às perdas ligadas ao processo de produção de bens e serviços. Ela deverá compreender também outras perdas que o empresário vier a sofrer.

Por uma incompreensão desse fenômeno, os tribunais vêm oscilando quanto a esse tema. Admite-se a reparação desse tipo de dano em determinados casos, excluindo essa possibilidade em outros. Procurou-se demonstrar que não existe um fundamento razoável para que situações análogas recebam tratamento tão díspares. O direito deve tutelar o mercado e a empresa. Portanto, não há motivo legítimo para que se deixe de reparar integralmente os danos sofridos pelo empresário, sobretudo porque esses danos afetam o próprio desenvolvimento e dinamismo do mercado. A jurisprudência precisa adotar um critério que torne uniforme o tratamento da reparação desse tipo de dano, de maneira a não excluir perdas efetivamente incorridas.

Admite-se, entretanto, que nem todo custo de transação deve ser reparado. Apenas aqueles diretamente ligados ao bem jurídico tutelado devem compor a equação que resultará no valor da indenização. Ou seja, há de se perquirir se o dano – no caso, o custo de transação ou externalidade – é efeito direto e imediato do ato ilícito ou antijurídico, isto é, se existe nexos de causalidade entre o avertido custo de transação e o ato combatido.

Trata-se de tarefa árdua, pois, pelo fato de a atividade negocial ser muito dinâmica, é praticamente impossível estabelecer uma classificação taxativa de seus atos.

Muitos custos de transação são incorridos para que o empresário se estabeleça no mercado; outros tantos guardam relação direta com determinada negociação. A posição do empresário no mercado pode ser afetada por práticas ilícitas, como são os casos de concorrência desleal. Em casos tais, todos os custos de transação incorridos pelo empresário para alcançar determinada posição devem ser considerados, notadamente os investimentos para a formação do estabelecimento empresarial, tais como o desenvolvimento de marcas e dos segredos de negócios (*know how*). O empresário também sofre perdas, quando obrigações contratuais deixam de ser cumpridas. Essas perdas podem ser mais graves ainda, em casos de violação positiva do contrato, quando as obrigações decorrentes do princípio da boa-fé deixam de ser cumpridas. Em todos esses casos, os custos de transação devem ser considerados no cálculo da indenização.

Foi analisado o tratamento dado pela jurisprudência a quatro hipóteses relacionadas à atividade negocial: a contrafação de marca, a indenização por danos decorrentes de transporte aéreo e a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo de facilitação para a recuperação de créditos trabalhistas.

Intenciona-se, com este estudo, oferecer bases para essa tarefa de definir como os danos podem ser prevenidos e a extensão de sua reparação na atividade negocial. Trata-se de questão muito importante, pois se refere não só à isonomia, como também ao equilíbrio das relações de mercado. Conclui-se, assim, que é preciso compreender o funcionamento do sistema de mercado, o papel da empresa, a gravidade e a extensão do dano a essa atividade, para que sejam encontradas soluções justas e legítimas para as lides que envolvam a responsabilidade civil por danos provocados a atividade negocial.

A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA VONTADE DOS CREDORES NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

THE POSSIBILITY OF OVERCOMING THE WILL OF CREDITORS IN GRANTING JUDICIAL RECOVERY

Marlon Tomazette

Resumo: O objeto do presente trabalho é a análise da possibilidade de concessão da recuperação judicial, superando a vontade manifestada pelos credores. A princípio, a concessão da recuperação judicial no direito brasileiro exige, numa interpretação literal da legislação, a concordância da massa de credores. Todavia, essa interpretação estrita da lei é ao menos discutível, tendo em vista os princípios da função social da empresa, da preservação da empresa, as consequências de uma eventual falência, bem como a eficiência das decisões judiciais. À luz desses fatores, devem ser definidos quais são os limites da atuação jurisdicional em face da manifestação da vontade dos credores em tal procedimento.

Palavras-chave: Recuperação judicial – vontade – função social da empresa – consequências – eficiência.

Abstract: The object of this paper is to examine the possibility of granting judicial recovery, surpassing the willingness of creditors.

¹ Artigo recebido em 05.03.2015 e aceito em 04.12.2015.

At first, the granting of judicial recovery in Brazilian law requires, in a literal interpretation of the legislation, the concordance of the mass of creditors. However, this strict interpretation of the law is at least debatable, considering the principles of the social function of the company, the firm's survival, the consequences of bankruptcy, and the efficiency of judicial decisions. In light of these factors, it must be defined what are the limits of judicial action in view of the manifestation of the willingness of creditors in such proceedings.

Keywords: Judicial recovery –will –social function of the company – consequences – efficiency.

Sumário: 1. Introdução. 2. O instituto da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Conceito. 2.2. Objetivos. 2.3. Princípios. 2.3.1. Função social da empresa. 2.3.2. Preservação da empresa. 3. A concessão da recuperação judicial. 3.1. Fase postulatória. 3.2. Fase deliberativa. 3.3. Concessão e cumprimento da recuperação judicial. 4. A concessão da recuperação judicial sem o consentimento dos credores. 4.1. O caso norte-americano. 4.2. A possibilidade de superação da vontade dos credores no Brasil. 4.3. A possibilidade no Brasil da desconsideração da vontade de alguns credores: a teoria do conflito de interesses.

1. Introdução

O mundo jurídico é um dos campos mais férteis para a atividade argumentativa, na medida em que o Direito lida primordialmente com a tarefa de convencimento. Tal tarefa não se restringe à atuação dos advogados, mas engloba também a justificação das decisões. Na atual concepção do Direito, o papel do juiz não se limita à reprodução literal do que se encontra em lei. Ela não representa todo o direito, mas apenas um dos elementos, talvez o principal, na atuação dos julgadores. Em certos casos, deve-se admitir a superação do teor literal da lei, à luz dos princípios que dão coerência ao sistema jurídico, bem como pelas consequências que podem decorrer da decisão.

A concessão da recuperação judicial contra a vontade dos credores é um dos bons exemplos dessa possibilidade e constitui o objeto principal desse trabalho.

A recuperação judicial foi concebida no direito brasileiro como uma tentativa de superação da crise econômico-financeira da empresa, condicionada, porém, à concordância dos credores ligados àquela atividade (Lei nº 11.101/2005 – arts. 45 e 58, § 1º). Todavia, nem sempre se obtém a concordância dos credores, o que acarreta, nos termos literais da legislação (Lei nº 11.101/2005 – art. 73), a decretação da falência do empresário, com o encerramento das atividades. Tal resultado é muitas vezes indesejável, mas parece ser imposto pela legislação brasileira. Superar a determinação legal poderia ser visto como um ato de puro arbítrio do julgador, apesar de ter consequências muito melhores na prática. Neste particular, a teoria da argumentação jurídica mostra-se de fundamental importância para evitar arbitrariedades e justificar a decisão nesses casos.

Inicialmente, dentro dessa perspectiva, é essencial apresentar, em linhas gerais, o instituto da recuperação judicial no direito brasileiro. Partindo-se de seu conceito, passando por seus objetivos, podem-se apresentar os princípios fundantes dessa área específica da atuação jurídica. Outrossim, devem ser apresentadas as linhas gerais desse tipo de processo, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, explicando as condições legais para a sua concessão.

Por fim, há que se analisar a possibilidade das decisões que concedem a recuperação judicial contra a vontade dos credores, sem que isso represente qualquer tipo de arbitrariedade dentro do nosso ordenamento. As consequências e princípios da decretação da falência nos casos de falta de concordância dos credores determinarão a conclusão do trabalho. Além da pesquisa doutrinária, será analisada a única decisão brasileira em que foi concedida a recuperação judicial sem o consentimento dos credores, a partir das perspectivas da teoria da argumentação jurídica, bem como da análise econômica do direito, tomando-se a eficiência como parâmetro possível para a orientação da decisão.

2. O instituto da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro

Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.

2.1. Conceito

Paulo Sérgio Restiffe, por entender que a recuperação possui uma natureza processual, afirma que ela é a “pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de ação, portanto – de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido”².

De outro lado, Eduardo Goulart Pimenta afirma que a recuperação judicial representa “uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias”³. Sérgio Campinho, por sua vez, afirma que a recuperação judicial é o “soma-tório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestru-

2 RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008. p. 47.

3 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006, p. 68.

turada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores”⁴.

Todos os conceitos apresentados possuem seus méritos e, em certa medida, até se complementam, podendo-se afirmar em termos sintéticos que a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis. Assim, pode-se estabelecer os elementos essenciais da recuperação judicial: a) série de atos; b) consentimento dos credores; c) concessão judicial; d) superação da crise; e e) manutenção das empresas viáveis.

As medidas de reestruturação podem ser as mais diversas, daí se falar em uma série de atos na recuperação e não apenas em um ato específico. As crises que justificam a adoção da recuperação judicial dificilmente serão superadas por um ato qualquer. Normalmente, são necessários diversos atos para possibilitar a recuperação, como mudanças nas relações com os credores (novação das obrigações), até a alteração do padrão para a gestão interna da atividade.

O conjunto de atos a ser praticado pelo devedor na recuperação judicial não depende exclusivamente da sua vontade. Para que ele possa praticar tais atos, há, a princípio, a necessidade do consentimento dos credores. Não se exige o consentimento de todos os credores, mas uma manifestação suficientemente representativa (Lei nº 11.101/2005 – arts. 45 e 58) para vincular a massa de credores como um todo. O conjunto de credores é tratado como uma comunhão para todos os efeitos na recuperação judicial⁵.

4 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10-11.

5 PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. *La junta de acreedores*. Madrid: Civitas, 2008. p. 42-43.

Mesmo com o consentimento dos credores, é essencial a concessão judicial para a prática dos atos da recuperação. Diz-se que ela é judicial justamente porque só pode ser concedida judicialmente e, para tanto, ela pressupõe o exercício do direito de ação. Exercido o direito de ação e atendidos os requisitos impostos pela Lei nº 11.101/2005, o Poder Judiciário irá conceder a recuperação, permitindo a prática dos atos necessários à superação da crise. A intervenção do poder judiciário é essencial para realizar o controle formal da recuperação⁶.

Com a concessão judicial da recuperação judicial será possível a prática de uma série de atos, os quais terão por objetivo primordial a superação das crises, reestruturando e mantendo a empresa em funcionamento. A superação da crise deve permitir que a atividade continue, de modo a não prejudicar os interesses que circundam a empresa.

Apenas as empresas viáveis são capazes de justificar os sacrifícios que terão que ser realizados pelos credores na recuperação judicial. Os credores só realizarão tais sacrifícios para proteger interesses mais relevantes⁷. Em outras palavras, os credores irão analisar os valores em jogo, ponderando os ônus da manutenção da atividade e os ônus do encerramento da atividade. Se os últimos forem maiores, há maiores motivos para a recuperação e, por conseguinte, para algum sacrifício dos credores.

Assim, a recuperação judicial só pode ser usada para empresas viáveis⁸, uma vez que seu uso para empresas inviáveis subverteria a ordem normal das coisas, passando aos credores o risco da atividade.

6 ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Poder Judiciário na aplicação da Lei nº 11.101/05. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 52.

7 LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994. p. 400.

8 PIMENTA, Eduardo Goulart. Op. cit. p. 71.

de. A viabilidade significa que a recuperação será capaz de restabelecer o curso normal das coisas, retornando o risco da atividade ao seu titular. Se mesmo com a recuperação não for possível restabelecer essa normalidade, fica claro que a empresa não se mostra mais viável, devendo ser promovida a sua liquidação. Portanto, a viabilidade deve ser demonstrada no processo para que se possa conceder a recuperação judicial.

2.2. Objetivos

Pelos contornos da recuperação judicial fica claro que seu objetivo final é a superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise, contudo, nada impede que o instituto seja utilizado para prevenir uma crise que se mostre iminente⁹. Embora o texto da Lei não pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois não há dúvida de que se a crise é evitável, é muito melhor impedi-la de começar, do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la. Portanto, o objetivo mais amplo da recuperação é a superação ou a prevenção das crises da empresa.

Dentro desse objetivo mais amplo, inserem-se os objetivos mais específicos indicados no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, quais sejam: a) a manutenção da fonte produtora; b) a manutenção dos empregos dos trabalhadores; e c) a preservação dos interesses dos credores. Tais objetivos específicos nem sempre poderão ser atingidos cumulativamente, daí acreditarmos que há uma ordem entre eles¹⁰.

Sem dúvida, o primeiro objetivo específico da recuperação judicial é a manutenção da fonte produtora, isto é, a manutenção da

9 QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 13.

10 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 183.

empresa (atividade) em funcionamento. Não se busca aqui salvar o sujeito, mas salvar a atividade que ele exercia¹¹, pois é ao redor dessa atividade (empresa) que circundam os interesses de credores, fisco, comunidade e trabalhadores. É mais importante que a atividade se mantenha funcionando, ainda que com outro titular, pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade.

Uma vez obtida a manutenção da atividade, ainda que com outro sujeito, devem-se buscar os demais objetivos. Vale dizer, o primeiro objetivo específico prevalece sobre os demais, é ele que deve pautar todas as medidas da recuperação judicial. A manutenção da fonte produtora é essencial, os demais objetivos específicos são secundários. A prevalência da manutenção da atividade sobre os demais interesses pode ser vislumbrada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça que impedem a continuação das execuções trabalhistas contra o devedor em recuperação¹².

O segundo objetivo específico é a manutenção dos empregos dos trabalhadores. Nem sempre isso é possível, pois, por vezes, a crise já gerou tantos problemas que o número de postos de trabalho terá que diminuir, para se manter a atividade. Ressalte-se, mais uma vez, que o primeiro fim da recuperação judicial é a manutenção da atividade. Atingido esse primeiro objetivo específico, aí sim se deve tentar manter os empregos dos trabalhadores.

O terceiro objetivo específico é a preservação dos interesses dos credores. Apesar da necessidade da sua manifestação, é certo que os interesses individuais dos credores cedem espaço à manutenção da fonte produtora e à manutenção dos empregos dos trabalha-

11 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 125.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 90.504/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Segunda Seção. Brasília, 25 de junho de 2008. Publicado em 01 de julho de 2008.

dores. Vale dizer, se há duas medidas possíveis, uma favorecendo os credores e outra favorecendo a manutenção do emprego, é essa segunda que deverá prevalecer.

2.3. Princípios

Para atingir os seus objetivos e incentivar a adoção das estratégias pelos grupos de interesse, a recuperação judicial deve obediência a uma série de princípios, que deverão pautar a interpretação da Lei nº 11.101/2005, bem como a própria atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação. Contudo, a enumeração dos princípios da recuperação judicial é objeto de grandes divergências na doutrina.

De forma genérica, falando da Lei como um todo e não apenas da recuperação, Elenise Peruzzo dos Santos indica como princípios a igualdade entre os credores, a celeridade, a publicidade, a preservação da empresa, a viabilidade e a maximização do valor dos ativos do falido¹³. Também de forma genérica, Waldo Fazzio Júnior elenca como princípios do regime da insolvência do agente econômico o da viabilidade da empresa, da relevância dos interesses dos credores, da publicidade dos procedimentos, da *par conditio creditorum*, da maximização de ativos e da preservação da empresa¹⁴.

Especificamente para a recuperação judicial, Jorge Lobo afirma que se aplicam os princípios da conservação e função social da empresa, da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, da segurança jurídica e da efetividade do direito¹⁵. De outro lado,

13 SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. In: BATTELO, Sílvio Javier. *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 13-36.

14 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 30-35.

15 LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. S. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110.

Paulo Sérgio Restiffe reconhece como princípios da recuperação a igualdade entre os credores, a lealdade, a impossibilidade de imposição de sacrifício maior aos credores, a preservação da empresa, o tratamento jurídico diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte e o próprio princípio da recuperação de empresas, além de outros princípios processuais¹⁶.

Para os fins do presente trabalho, os princípios serão considerados como aquelas normas apresentadas de forma enunciativa, cujo conteúdo está ligado a um valor ou fim a ser atingido e que se coloca acima e antes da premissa maior nos eventuais silogismos jurídicos que digam respeito à conduta e à sanção¹⁷. “Chamar uma norma de princípio significa, portanto, que ela tanto é relativamente geral como tem valor positivo”¹⁸. Nesta perspectiva, apesar da diversidade na enumeração dos princípios pela doutrina, pode-se elencar como princípios fundamentais da recuperação judicial: a) a função social da empresa; e b) a preservação da empresa.

2.3.1. Função social da empresa

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, assegura a todos como direito fundamental o direito de propriedade. Com tal dispositivo, a Constituição garante o “direito de apropriação, o direito de aquisição dos bens ou, mais amplamente, de direitos patrimoniais pelos particulares”¹⁹. Dentro dessa ideia, a todos os particu-

16 RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit. p. 2-9.

17 FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 309.

18 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 198.

19 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998. Tomo IV, p. 466.

lares é assegurada também a propriedade dos meios de produção²⁰ e, conseqüentemente, o exercício de atividades econômicas empresariais.

Ocorre que, a própria Constituição Federal impõe uma limitação a esse direito, asseverando que “a propriedade atenderá a sua função social” (CF/88 – Art. 5º, XXIII). León Duguit²¹ chega a afirmar que o direito positivo não protege o direito subjetivo do proprietário, mas garante ao possuidor da riqueza o direito de cumprir sua função social. A ideia a prevalecer é a de uma propriedade-função e não de um direito absoluto de propriedade.

A expressão “função” traz a ideia de um dever de agir no interesse de outrem²². A partir dessa condicionante, o direito à propriedade passa a ser um poder-dever de exercer a propriedade vinculada a uma finalidade²³. Esta é coletiva e não individual, conforme se depreende da expressão “função social” usada pelo texto constitucional. Assim sendo, não há uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais. Há sempre uma função social a ser cumprida, a qual ganha especial relevo na recuperação judicial, sendo expressamente mencionada no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual ou dos sócios da sociedade empresária, vale

20 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 254.

21 DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Traducción de Adolfo Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada. Granada: Comares, 2007. p. 216.

22 SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008. p. 279.

23 GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 255; BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. *Revista de direito privado*, nº 7, jul./set., 2001, p. 77.

dizer, é fundamental que a empresa seja exercida em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade²⁴.

Na recuperação judicial, tal princípio servirá de base para a tomada de decisões e para a interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial, deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido da sua recuperação. Reitere-se que a recuperação é da atividade e não do seu titular.

2.3.2. Preservação da empresa

Como corolário da função social da empresa surgiu o princípio da preservação da empresa²⁵, o qual é, sem dúvida, o mais importante na interpretação da recuperação judicial. Trata-se de um princípio porque decorre de uma das finalidades da recuperação judicial²⁶ e é o princípio mais importante, porque dele decorre o objetivo principal do instituto da recuperação judicial. Outrossim, sua consagração está presente ao longo de diversos dispositivos da Lei nº 11.101/2005, que denotam a intenção de manutenção da atividade.

Tal princípio tem sua origem no princípio da garantia do desenvolvimento nacional, previsto nos artigos 3º, II, 23, X, 170, VII e VIII, 174, caput e § 1º e 192 da Constituição Federal²⁷. A ideia da pre-

24 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. *Revista de direito privado*, nº 9, jan./mar., 2002, p. 219.

25 CARVALHO, William Eustáquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: CARVALHO, William Eustáquio de; CASTRO, Moema A. S. de. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 175.

26 DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Madri: Civitas, 2006. p. 33.

27 RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit. p. 4.

servação da empresa envolve a separação entre a sorte da empresa (atividade) e a sorte do seu titular (empresário individual ou sociedade), bem como da sorte dos sócios e dirigentes da sociedade²⁸. A recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim em manter a atividade em funcionamento. A empresa (atividade) é mais importante que o interesse individual do empresário, dos sócios e dos dirigentes da sociedade empresária. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados etc.). Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular²⁹.

Além da separação entre a sorte da empresa e do empresário, o princípio da preservação da empresa significa que o propósito liquidatório deve ficar em segundo plano³⁰. Se a empresa for viável, todos os esforços devem ser realizados para que ela se preserve. Essa é a regra geral da atual legislação. Mesmo no regime anterior, o Superior Tribunal de Justiça já vinha afastando a prevalência do intuito liquidatório, asseverando que a falência não deveria servir de coação para o recebimento de dívidas pelos credores³¹, sendo cabível apenas para empresas inviáveis. O interesse individual na liquidação não se justifica, devendo ceder lugar ao interesse coletivo da manutenção da atividade.

28 SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Op. cit. p. 27; CARVALHO, William Eustáquio de. Op. cit. p. 182.

29 DÍAZ, Marta Zabaleta. Op. cit. p. 39.

30 CARVALHO, William Eustáquio de. Op. cit. p. 188.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 399.644/SP. Relator: Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Brasília, 30 de abril de 2002. Publicado em 17 de junho de 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 725.128/TO. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Brasília, 20 de maio de 2008. Publicado em 09 de junho de 2008.

3. A concessão da recuperação judicial

A partir das noções mais teóricas, pode-se analisar o aspecto mais pragmático que diz respeito à concessão da recuperação judicial. Qualquer que seja a natureza da recuperação judicial, não há dúvida de que sua concessão depende da intervenção do Poder Judiciário. Tal intervenção, que não pode ocorrer de ofício, dependerá de provocação dos interessados por meio de uma ação. O exercício dessa ação é condição imprescindível para se obter a solução da crise empresarial. Ela representará, em última análise, o pedido de recuperação judicial.

3.1. Fase postulatória

No Brasil, são exigidos diversos requisitos específicos e cumulativos³² para o pedido de recuperação judicial, a saber: a) exercício regular das atividades há mais de dois anos; b) não ser falido ou, se falido, que suas obrigações já tenham sido extintas; c) não ter obtido recuperação judicial há menos de 5 anos; d) não ter obtido recuperação judicial, com base em plano especial, há menos de 8 anos; e não ter sido condenado por crime falimentar, nem ter como sócio controlador ou administrador pessoa condenada por crime falimentar.

Cumpridos esses requisitos específicos, poderá ser requerida a recuperação judicial do empresário, que não se enquadre nas exclusões. Tal requerimento, normalmente, é feito pelo próprio empresário. No entanto, além dele, também têm legitimidade para requerer a recuperação os herdeiros, o cônjuge sobrevivente, o inventariante e o sócio remanescente.

32 SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 224.

Qualquer um dos legitimados promoverá a ação perante o juízo do principal estabelecimento do devedor ou o da filial no caso de empresário que tenha sede fora do país. Por principal estabelecimento, alguns autores entendem o de maior volume econômico³³, mas a jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido do principal estabelecimento ser a sede da administração do devedor³⁴. Tal ação será ajuizada por meio de uma petição inicial, precisa atender aos requisitos formais e estruturais impostos pela legislação processual, além de ser instruída com os documentos previstos no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005.

Ajuizada a ação de recuperação judicial, o juiz deverá verificar inicialmente a legitimidade do requerente, o cumprimento dos requisitos, a regularidade da petição, bem como a regularidade da documentação juntada. Não se trata da imediata concessão da recuperação, mas de uma análise prévia que visa a colocar o devedor no processo. Estando em termos a petição inicial e a documentação, o juiz deverá deferir o processamento da recuperação judicial, fazendo com que o devedor ingresse no processo. A recuperação ainda não foi concedida, mas, a partir desse momento, o devedor já está no processo e sofre todos os efeitos decorrentes dessa condição.

3.2. Fase deliberativa

Após a publicação da decisão de processamento, caberá ao empresário apresentar em juízo, no prazo de 60 dias, o plano de recuperação judicial que deverá conter: laudos econômico-financeiro e

33 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 261.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 21.775/DF. Relator: Ministro Bueno de Souza. Segunda Seção. Brasília, 24 de junho de 1998. Publicado em 04 de junho de 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 21.899/MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Segunda Seção. Brasília, 10 de junho de 1998. Publicado em 08 de setembro de 1998.

de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscritos por profissional legalmente habilitado ou entidade especializada; demonstração de sua viabilidade econômica; e discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados e seu resumo. Tal plano representa a proposta de acordo que será apreciada pelos credores.

Para que os credores tenham conhecimento do conteúdo da proposta de acordo e possam se manifestar, a lei impõe a publicação de um edital avisando aos credores sobre a entrega do plano em juízo. Este edital, que será publicado na imprensa oficial e em jornal de grande circulação (Lei nº 11.101/2005 – art. 191), conterà o aviso aos credores sobre o recebimento do plano e fixará o prazo para eventuais manifestações. Não se trata da publicação do próprio plano, mas apenas de um aviso sobre a possibilidade de acesso ao plano em juízo.

A partir do momento em que os credores têm acesso ao plano, eles podem formar sua convicção a respeito da proposta apresentada. Há, inicialmente, dois caminhos: aprovar o plano ou questioná-lo, apresentando uma objeção. O prazo para essa manifestação é de 30 dias contados da publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial ou da publicação do edital sobre o recebimento do plano de recuperação judicial, o que ocorrer por último (Lei nº 11.101/2005 – art. 55).

Caso os credores concordem com o plano apresentado, eles devem aprová-lo, a princípio de forma tácita, isto é, sem se manifestar. Para simplificar o andamento do processo, a lei não exige a concordância expressa de todos os credores, mas apenas e tão-somente a ausência de oposição para considerar o plano aprovado. O silêncio dos credores é entendido como a aprovação tácita da proposta apresentada. Nada impede, porém, que os credores queiram se manifestar expressamente no sentido da concordância em relação ao plano apresentado.

De outro lado, é certo que nem sempre os credores concordarão com a proposta apresentada. Nesse caso, não lhes cabe rejeitar o

plano imediatamente, mas sim apresentar uma oposição para que o plano seja objeto de discussão e deliberação pela massa de credores. Na oposição, o credor deverá fundamentar³⁵ sua discordância por meio de razões de fato e de direito que justifiquem a não aceitação do plano apresentado. A própria boa-fé objetiva exige uma justificativa, sob pena de indeferimento da oposição, ou seja, oposições injustificadas não podem ter o trâmite normal, devendo ser indeferidas de plano pelo juiz.

Mesmo sendo devidamente justificada, nenhuma objeção por si só é capaz de conduzir à rejeição imediata do plano apresentado, porquanto este pode ser objeto de alterações. Da mesma forma, nenhum credor tem o poder de rejeitar o plano de imediato, por mais expressiva que seja sua participação na massa de credores. Sua eventual discordância sempre conduzirá à convocação de uma assembleia geral para deliberar sobre o plano apresentado.

Havendo objeção, deverá ser convocada uma assembleia geral de credores para deliberar sobre a aprovação ou não do plano (Lei nº 11.101/2005 – art. 56). Tal assembleia dos credores será responsável pela aprovação ou desaprovação do plano de recuperação em decisão, a princípio, soberana³⁶. Terão direito de voto na assembleia os credores sujeitos à recuperação, cujas condições de seus créditos sejam alteradas no plano de recuperação judicial.

Convocada a assembleia para apreciar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, caberá aos credores, a princípio, apenas a aprovação ou a rejeição do plano apresentado. Previamente a essa deliberação, obviamente, deverá haver uma fase de discussão do plano, na qual, inclusive, podem ser feitas mudanças no plano originalmente apresentado.

35 LOBO, Jorge. Op. cit. p. 147; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4, p. 220; VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 170.

36 SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 185; MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 227.

Com ou sem alterações na proposta inicialmente apresentada, compete à assembleia manifestar a vontade da massa de credores em relação ao plano de recuperação judicial, aprovando-o ou rejeitando-o. Para tanto, a assembleia não será considerada como um todo, mas dividida em três classes (Lei nº 11.101/2005 – art. 41): classe I – credores trabalhistas e por acidente de trabalho pelo valor total do seu crédito; classe II – credores com direito real de garantia até o valor do bem dado em garantia; classe III – credores com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários, subordinados e com garantia real, pelo valor que exceder o bem dado em garantia; e classe IV – credores enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Para que o plano seja considerado aprovado, exige-se, a princípio, a aprovação cumulativa nas quatro classes, de acordo com os critérios de votação inerentes a cada uma. Assim, para a aprovação do plano, é necessário o voto favorável da maioria dos credores de cada classe (computados por cabeça) e da maioria dos créditos das classes II e III (computados pelo valor).

Mesmo sem atingir a aprovação em cada uma das classes de credores, o juiz poderá considerar aprovado o plano, desde que atendidos os seguintes requisitos cumulativos (Lei nº 11.101/2005 – art. 58, § 1º): voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia; aprovação da maioria das classes votantes (duas se forem quatro ou três ou uma se forem duas); aprovação de credores que representem pelo menos um terço dos credores da classe que tenha desaprovado o plano (nas classes I e IV, o voto será tomado independentemente do valor dos créditos; nas classes II e III, devem ser considerados cumulativamente o valor e o número de credores); e não implicação de tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Ao tratar dessa forma alternativa de aprovação do plano de recuperação, a Lei nº 11.101/2005 afirma que o juiz “poderá conceder a recuperação” se cumpridos os requisitos já mencionados. O uso da

expressão “poderá conceder” nos levaria a crer em um poder discricionário do juiz³⁷, no sentido de considerar ou não o plano aprovado. Acredito, porém, que não se trata de uma simples escolha subjetiva do juiz sobre a conveniência e a oportunidade da recuperação judicial, mas da verificação do cumprimento de certos requisitos objetivos de aprovação do plano. Mesmo o uso da expressão “poderá conceder” não afasta o juiz da necessidade de seguir a vontade da maioria expressiva dos credores. Dessa forma, acredito que a obediência aos requisitos do artigo 58 da Lei nº 11.101/2005 impõe ao juiz a aceitação do plano³⁸.

Caso o devedor não consiga obter a aprovação do plano em todas as classes ou na forma alternativa, ou se o juiz não considerar a forma alterativa como aprovação, o plano deverá ser considerado rejeitado pelos credores. Nessa situação, a lei determina que o juiz de ofício decrete a falência do devedor que não obteve o acordo (Lei nº 11.101/2005 – art. 56, § 4º).

3.3. Concessão e cumprimento da recuperação judicial

Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou não havendo objeção de credores no prazo legal, o devedor deverá apresentar em juízo certidões negativas de débitos tributários (Lei nº 11.101/2005 – art. 57). Reforçando essa obrigação, o artigo 191-A do CTN condiciona a concessão da recuperação

37 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 423; COVAS, Silvânio. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 306; VIGIL NETO, Luiz Inácio. Op. cit. p. 173. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 580.607-4/6-00. Relator: Desembargador Boris Kauffmann. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. São Paulo, 24 de setembro de 2008.

38 MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 286.

judicial à apresentação das referidas certidões. Pela ausência de prazo legalmente fixado, deve-se entender que tal apresentação deverá ocorrer no prazo de cinco dias³⁹ da juntada do plano ou do término do prazo para a apresentação de objeções.

A maioria da doutrina entende que deve ser dispensada a apresentação das certidões, isto é, a não apresentação das certidões não tem quaisquer consequências, não impedindo a concessão da recuperação⁴⁰. Nessa linha de entendimento, diz-se que a apresentação das certidões é dispensada em razão do sistema e dos objetivos da lei⁴¹. No mesmo caminho, afirma-se que tal exigência é ilegítima, não razoável e desproporcional⁴² e, por isso, deve ser afastada. A mesma opinião é sufragada pela jurisprudência que vem afastando a exigência da CND⁴³. Tal discussão não é objeto do presente trabalho e, por

39 COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

40 SIMIONATO, Frederico A. Monte. Op. cit. p. 182.

41 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176; MARZAGÃO, Lídia Valéria. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 107.

42 MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 229; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. Recuperação judicial vs. Fisco: a sucessão tributária, a exigência de certidão negativa de débito e o parcelamento. In: CARVALHO, William Eustáquio de; CASTRO, Moema A. S. de. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 69; LOPES, Bráulio Lisboa. Aspectos tributários da falência e da recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 217-218; APPENDINO, Fábio Diniz. Os meios de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 352; STANTON, Márcia Silva. A exigência da certidão de regularidade fiscal para a concessão do plano de recuperação judicial. In: BATTELO, Sílvio Javier. *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 149.

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 501.786.4/3. Relator: Desembargador Lino Machado. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. São Paulo, 30 de janeiro de 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 516.982-4/2-00. Relator: Desembargador Pereira Calças. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. São Paulo, 30 de janeiro de 2008.

isso, será considerada, na linha majoritária, dispensada a apresentação das certidões.

Aprovado o plano de recuperação judicial e apresentadas as certidões, ou dispensada a sua apresentação, o juiz concederá, por sentença⁴⁴, a recuperação judicial. A partir dessa decisão, o devedor deverá atuar com o nome seguido da expressão “em recuperação judicial”, até que se finalize o processo. Outrossim, o juiz deverá oficiar a junta comercial para que tal decisão seja averbada junto ao registro do empresário, dando a maior publicidade possível ao estado de recuperação judicial.

Concedida a recuperação judicial, o devedor deverá cumprir as medidas constantes do plano que foi aprovado, como pagamentos, alienações, mudanças no regime da administração e outras. Ressalvados os créditos trabalhistas e de acidente de trabalho, a legislação não impõe limite máximo de tempo para as medidas de recuperação judicial. Assim, o devedor deverá cumprir a recuperação pelo prazo estabelecido no plano que foi aprovado pelos credores. Nessa linha, teremos recuperações que podem ser cumpridas em um ano e outras que serão cumpridas em 15 anos ou até mais.

O artigo 61 da Lei nº 11.101/2005 diz que uma vez concedida a recuperação judicial “o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial”. O que se pretende é não eternizar o processo de recuperação, que acarreta ônus tanto para o poder judiciário, quanto para o devedor com o pagamento da remuneração do administrador judicial, não se impedindo, porém, um prazo superior para as medidas de recuperação⁴⁵.

44 RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit. p. 277; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 185; LOBO, Jorge. Op. cit. p. 157.

45 VIGIL NETO, Luiz Inácio. Op. cit. p. 178.

4. A concessão da recuperação judicial sem o consentimento dos credores

Pela natureza contratual da recuperação judicial, é natural concluir que a decisão da assembleia de credores será soberana, isto é, não cabe ao juiz, a princípio, ir contra a vontade dos credores. Se estes aprovaram o plano de recuperação judicial, não caberia ao juiz rejeitá-lo. Da mesma forma, se eles não aceitaram o plano, nem na forma alternativa, o juiz não poderia, a princípio, decidir pela aprovação do plano⁴⁶. Dentro dessa concepção se imporia ao juiz um papel meramente homologatório⁴⁷ da decisão dos credores, não lhe cabendo uma intervenção mais ativa dentro do sistema brasileiro. Alberto Camiña Moreira chega a afirmar que não é o juiz que concede a recuperação judicial, mas os credores, cabendo ao juiz apenas a homologação dessa manifestação de vontade⁴⁸. O próprio STJ já reconheceu a soberania da assembleia de credores no caso⁴⁹.

Todavia, tal opinião não é pacífica. Há quem reconheça um poder mais ativo de intervenção do juiz⁵⁰. Jorge Lobo afirma que o juiz poderá não decretar a falência se vislumbrar que a rejeição do plano pela assembleia atenta contra o interesse público, encerra fraude ou importa em violação à lei⁵¹. Assim, o juiz, fundado no artigo 47

46 MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 228.

47 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173.

48 CAMIÑA MOREIRA, Alberto. Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do ministério público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 253-254.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.686/SP. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Brasília, 07 de outubro de 2010. Publicado em 20 de outubro de 2010.

50 ARAGÃO, Leandro de Santos. Assembleia-Geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 304.

51 LOBO, Jorge. Op. cit. p. 150.

da Lei nº 11.101/2005, poderia analisar o mérito do plano de recuperação judicial e decidir pela concessão ou não da recuperação, independentemente da manifestação dos credores.

Como muito bem ressaltado por Eduardo Secchi Munhoz⁵², estamos na verdade diante de um falso dilema, pois não se pode ser radical em nenhum dos dois sentidos. Não se pode atribuir ao juiz o papel de simples homologador das manifestações dos credores. De outro lado, o juiz também não deve ter o poder de interferir livremente na recuperação, ignorando a decisão dos credores, o que desvirtuaria a ideia de acordo na recuperação judicial. Portanto, há que se reconhecer a possibilidade de intervenção do juiz, mas deve-se impor limites a essa intervenção.

A superação do texto literal da legislação dependerá dos princípios e das consequências da decisão.

4.1. O caso norte-americano

No direito norte-americano, há um sistema de recuperação similar a nossa recuperação judicial, que também exige o consentimento dos credores e outros requisitos adicionais⁵³. Além do consentimento dos credores organizados em classes, exige-se uma série de outros requisitos como a boa-fé do devedor, a viabilidade do plano, uma boa perspectiva de sucesso, o adequado tratamento aos credores atingidos pelo plano e outros⁵⁴. Dentre esses requisitos, merece especial atenção a obediência ao melhor interesse dos credores, isto é, se o credor que rejeitou o plano receberia mais na falência do que na recuperação, o plano não pode ser confirmado⁵⁵. Já na forma

52 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. Ano 10, nº 36, abr./jun., 2007, p. 192.

53 TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*. New York: Foundation Press, 1997. p. 849.

54 BLUM, Brian B. *Bankruptcy and debtor/creditor*. 4ªed. New York: Aspen Publisher, 2006. p. 510-512.

55 TABB, Charles Jordan. Op. cit. p. 841.

usual de aprovação do plano, vê-se uma boa margem de discricionariedade para o juiz que ainda é ampliada pela legislação americana.

Nos Estados Unidos, é possível que um plano de recuperação judicial seja confirmado mesmo contra a vontade da maioria das classes desde que sejam atendidos os mesmos requisitos da aprovação tradicional, exceto obviamente a concordância de todos os credores. Nesta hipótese, são exigidos ainda certos requisitos específicos, a saber: a) o plano deve ter a aprovação de pelo menos uma classe; b) o plano não pode discriminar injustamente uma classe; e c) o plano deve ser justo e equitativo (*fair and equitable*)⁵⁶.

Esse é o *cram down*, que dá ao juiz o poder de intervir na deliberação dos credores, impondo o plano de recuperação mesmo contra a vontade da maioria⁵⁷, mediante requerimento do proponente⁵⁸. A sua aplicação envolve uma grande margem de discricionariedade do juiz, especialmente na definição sobre justiça e equidade do plano, bem como sobre a ausência de discriminação injusta⁵⁹. Assim, caberá ao juiz verificar se há alguma discriminação entre as classes e se ela é justa, deixando margem para um claro juízo de valor. Além disso, caberá ao juiz analisar se o plano é justo e equitativo, mais uma vez numa análise bastante subjetiva, que, porém, possui certos testes de verificação.

4.2. A possibilidade de superação da vontade dos credores no Brasil

A Lei nº 11.101/2005 não trata especificamente do *cram down*, a meu ver nem mesmo no artigo 58, § 1º, porquanto nesta hipótese há

56 EPSTEIN, David G. *Bankruptcy and related law in a nutshell*. 6ª ed. St. Paul: West Group, 2002. p. 444-445

57 ALDERMAN JR., Myles H. *Business Reorganizations*. Denver: Outskirts Press, 2006. p. 67-68.

58 TABB, Charles Jordan. Op. cit. p. 855.

59 BLUM, Brian B. Op. cit. p. 513.

uma maioria aprovando o plano e não são impostos requisitos para análise pelo juiz. Em razão do silêncio da lei, Gladston Mamede não reconhece ao juiz o poder de impor a aprovação do plano de recuperação⁶⁰. Na mesma linha, Frederico Simionato afirma que o magistrado não pode contrariar a decisão da assembleia de credores⁶¹. Na jurisprudência, também há uma série de julgados que afirmam que “Aprovado o plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores, não pode o juiz reformar a decisão por considerar inviável a sua execução”⁶² ou que “não compete ao juiz examinar a viabilidade econômico-financeira do plano e deixar de conceder a recuperação por considerar a proposta.”

De fato a legislação brasileira não dá parâmetros para uma eventual aprovação forçada do plano de recuperação. Apesar disso, os princípios estabelecidos no artigo 47 e no artigo 75 da Lei nº 11.101/2005 devem servir de fundamento para reconhecer ao juiz um papel mais ativo no processo de recuperação judicial. Os requisitos impostos pelo direito norte-americano podem servir de referência para a melhor aplicação da legislação nacional sobre o assunto, cumprindo inclusive objetivos constitucionais e assegurando a maior eficiência possível ao regime da recuperação judicial.

Na Constituição Federal de 1988, norma maior do nosso ordenamento jurídico, menciona-se a eficiência expressamente como um princípio regeedor da administração pública (artigo 37), como um dos elementos a ser analisado no sistema de controle interno (artigo 74) e ao determinar que as atividades de segurança sejam eficientes (art. 144, § 7º). Assim, a eficiência está presente em vários momentos, sendo extremamente importante para as atividades administrativas no

60 MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 228.

61 SIMIONATO, Frederico A. Monte. Op. cit. p. 183. No mesmo sentido: PIMENTA, Eduardo Goulart. Op. cit. p. 189-190.

62 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0315913-03.2010.8.26.000. Relator: Desembargador Lino Machado. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. São Paulo, 01 de fevereiro de 2011. Publicado em 10 de fevereiro de 2011.

Brasil. A simples menção a esse princípio nesses pontos específicos já leva a crer que a eficiência é um objetivo a ser buscado na atuação do Direito.

Além disso, a eficiência também deve reger as outras formas de atuação do Direito, especialmente na elaboração e aplicação de regras jurídicas, em função dos próprios objetivos estabelecidos para a República Federativa do Brasil, no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Nesse dispositivo, dentre outros objetivos, vê-se a garantia do desenvolvimento nacional que pode ser alcançado, dentre outros meios, por um ordenamento jurídico eficiente.

Eros Grau afirma que “o desenvolvimento deve levar a um salto de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”⁶³. Ora, uma das melhores maneiras de assegurar essa elevação do nível econômico e do nível cultural se dá por meio da adoção de regras e políticas eficientes para alcançar os melhores resultados.

Entretanto, a eficiência não pode ser tida como um valor em si, mas como um componente de valor que, somada a outros valores, pode servir para se alcançar objetivos maiores. No artigo 170 da Constituição Federal, vê-se que a finalidade da ordem econômica não é assegurar a maximização da riqueza, mas sim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Vê-se, nesse artigo, uma posição similar àquela defendida por Calabresi que dá à justiça um papel dominante, inclusive com poder de veto sobre medidas que venham a ser tomadas, mesmo que eficientes⁶⁴. “A Constituição é capitalista, mas a liberdade é apenas admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado”⁶⁵.

63 GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 238-239.

64 CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale, 1970. p. 25.

65 GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 212-213.

Assim, deve-se entender possível a imposição do plano de recuperação judicial aos credores desde que não haja uma discriminação injusta, desde que se atenda ao melhor interesse dos credores e desde que o plano seja justo. Caberá não ao arbítrio, mas ao convencimento do juiz, a identificação desses critérios nos casos concretos para a aplicação de um *cram down* no Brasil, pelos benefícios que tal instituto traz. Eduardo Secchi Munhoz foi extremamente feliz ao afirmar que “é hora de superar o dualismo soberania do juiz vs. soberania dos credores, que se tornou anacrônico no direito falimentar contemporâneo, em vista do consenso em torno da ideia de que o sistema deve procurar conciliar o papel do juiz, do devedor e dos credores na produção de soluções que atendam a função pública do direito da empresa em crise”⁶⁶.

No pedido de recuperação judicial nº 100.09.121755-9 em São Paulo, o juízo de primeiro grau houve por bem superar a exigência do consentimento dos credores e conceder a recuperação judicial da Varig Logística S/A (VARIGLOG). Tal decisão, a meu ver, mostra-se correta, uma vez que baseada nos princípios e nas consequências de uma eventual decretação da falência, justificativas suficientes para a superação de um significado aparentemente óbvio da legislação.

Ao deferir a recuperação, a juíza afirmou expressamente que os princípios dão base a essa atuação mais firme do Poder Judiciário, nestas situações. A menor força dos princípios como premissas de argumentação prática significa uma maior amplitude justificativa⁶⁷ e permite que se dê coerência à decisão dentro do sistema, sem precisar falar em um protagonismo judicial⁶⁸. Vale a pena aqui transcrever trecho da *ratio decidendi*:

66 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Op. cit. p. 199.

67 ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996. p. 21.

68 SORIANO, Leonor Moral. A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice. *Ratio Juris*, v. 16, nº 3, Sep., 2003, p. 322.

Ora, se o plano tem fundamento técnico e está construído à luz do artigo 50 e possui substância, embasamento e conteúdo próprios que demonstram a possibilidade de recuperação da empresa a certo prazo e a sua importância e função social no cenário nacional como deveria ser vista a investida hostil de credores pela via assemblear com a finalidade única de gerar a falência?” Para estas situações, desde que observada a viabilidade de recuperação, possível a aprovação do plano pelo juiz, atento à razoabilidade da situação, o mesmo ocorrendo em relação ao não preenchimento do disposto no inciso I do mesmo artigo. Não se trata de assistencialismo estatal, pois aqui se mostra latente a necessária observação de outras circunstâncias, que não apenas o disposto literalmente na lei, sob pena de decretação da falência de empresa que, ao menos por ora, apresenta condições de recuperação. Ao magistrado deve ser dada a discricionariedade de ponderar, sempre atento ao princípio da preservação da empresa, sopesando, por óbvio, o interesse dos credores e, sobretudo, com a segurança de não se estar tratando de maneira diferenciada os credores da classe que houver rejeitado o plano.

Assim, considerados os critérios objetivos do “*cram down*” previstos na Lei nº 11.101/05, somados à ausência de prejuízo dos credores que reprovaram o plano e as observações relacionadas ao direito de concorrência, com destaque para a postura incongruente de credores detentores de quase cinquenta por cento em valor de créditos daqueles que rejeitaram o plano, observadas as circunstâncias referidas acima e, sobretudo, demonstrada a capacidade de recuperação da empresa, mostra-se viável e mesmo necessária a ponderação dos valores colocados em aparente conflito, mas que, se sopesados, indicam a prevalência da função social da empresa e da preservação desta. Anoto que, obviamente, a situação é excepcional, porém, certamente, atende aos princípios que nortearam o legislador da lei recuperacional, mormente observado o caso concreto, de onde extraio a possibilidade de recuperação, sem qualquer afronta aos demais dispositivos da lei sem carga principiológica evidente. Com efeito, na esteira dos princípios fixados no artigo 47 da Lei nº 11.101/05, a recuperação tem por objetivo a superação da crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da empresa como

fonte produtora, incluindo aí os empregos dos trabalhadores e o devido respeito ao interesse dos credores, de modo que o plano deve ser aprovado.

Em complemento, a referida decisão ainda sopesou as consequências de uma eventual decretação da falência de uma empresa que se mostrava viável. Em outro caso, o TJSP afirmou na decisão pela concessão da recuperação judicial que “não se trata de recuperação judicial de empresa de “fundo de quintal”⁶⁹, demonstrando a importâncias das consequências da decisão proferida.

Como afirmado por MacCormick, as decisões devem fazer sentido não apenas em relação ao sistema, mas também em relação ao mundo⁷⁰ e, nesse aspecto, deve-se sempre avaliar as consequências da decisão. Não há motivo razoável para encerrar uma atividade que tem a possibilidade de continuar e gerar novas riquezas. Nesse sentido, mais uma vez é oportuno transcrever trecho da fundamentação utilizada no caso da Variglog:

Pelos fatos trazidos, a empresa ainda pulsa, tanto que pelos relatos das atas das assembléias de credores extraio que houve ampla discussão sobre o plano de recuperação apresentado, inclusive com a acolhida de várias retificações propostas pelos credores, até que se chegasse ao plano final e o início da votação, tudo a indicar sua possibilidade de retornar à vitalidade. Evidente que não está em plenas condições, pois, do contrário, não estaria em processo de recuperação judicial, porém, enquanto ainda persistem as condições de funcionamento e atividade, desde que, sempre ressalto, não se mostre temerária ao direito de seus credores, não há razão plausível para a sua liquidação. Ilustra tal fato, por exemplo, que os credores trabalhistas que impugnaram a decisão que deferiu o

69 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 994.09.282057-0. Relator: Desembargador Romeu Rícupero. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. São Paulo, 06 de abril de 2010. Publicado em 16 de abril de 2010.

70 MACCORMICK, Neil. Op. cit. p. 131.

processamento da recuperação judicial, após a discussão do plano, acreditaram em sua viabilidade e o aprovaram, justamente porque consistente e calçado em projeções reais de recuperação.

Tal decisão foi confirmada pelo TJSP por outros fundamentos, mas cabe aqui a análise justamente dos critérios utilizados no caso concreto.

Os requisitos impostos pelo direito norte-americano podem servir de referência para a melhor aplicação da legislação nacional sobre o assunto, cumprindo inclusive objetivos constitucionais e assegurando a maior eficiência possível ao regime da recuperação judicial.

A lógica jurídica, especialmente a judiciária, não se apresenta como uma lógica formal, mas como uma argumentação que depende do modo como os poderes concebem sua missão e da ideia que têm do direito e de seu funcionamento na sociedade⁷¹. Os princípios e as consequências servem de fundamento primordial para eventual superação de significados aparentemente óbvios de certas normas. Nesse sentido, há que se admitir, desde que fundamentada pelas consequências e pelos princípios da função social e da preservação da empresa, a superação da exigência do consentimento dos credores para a concessão de recuperação judicial.

4.3. A possibilidade no Brasil da desconsideração da vontade de alguns credores: a teoria do conflito de interesses

Além da eventual superação, no sentido de contrariar a própria deliberação dos credores, também há que se verificar se o juiz pode simplesmente desconsiderar a vontade de alguns deles. Não há previsão específica nesse sentido, mas há bons fundamentos para jus-

71 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 243.

tificar tal postura, tomando como parâmetros as regras sobre a manifestação de voto nas sociedades anônimas.

Nas sociedades, o voto abusivo ou em conflito de interesses é passível de invalidação, por representar um voto proibido pela legislação⁷². A ideia é garantir o cumprimento da função social do direito de voto. Pela similaridade entre a assembleia de credores e assembleia de sócios ou acionistas, seria factível aplicar essa teoria para permitir que o juiz anule ou desconsidere certos votos proferidos na assembleia. No mesmo caso da Varig Logística, a magistrada concluiu que, dentre os 27 credores que rejeitaram o plano, do universo de 129 que estavam presentes na assembleia, alguns detinham interesses concorrenciais diversos daqueles relacionados à recuperação de seus créditos e da companhia em recuperação judicial, citando, especificamente, a ATLANTIC, maior credora quirografária (crédito de R\$ 28.522.124,96) e que representa interesses da concorrente LAN Chile, desde que pertencem ao mesmo grupo.

Embora não reconhecida expressamente na Lei nº 11.101/2005, não há dúvida de que é possível afastar os votos abusivos ou conflitantes proferidos pelos credores na assembleia, em razão da própria interpretação sistemática e teleológica do texto da lei⁷³. Verificando o abuso do credor, que, por exemplo, manifesta o seu voto com a intenção de beneficiar concorrentes do devedor, o juiz deverá anular o voto e não computá-lo na análise do plano de recuperação judicial.

Apesar de não se negar sua aplicabilidade, não há como negar a existência de diversos problemas na transposição dessa teoria do direito societário para o direito das empresas em crise, em razão da configuração ou não do abuso ou do conflito pelos credores, porquanto estes estão naturalmente orientados por motivos pessoais.

72 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia geral das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999. p. 117.

73 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Op. cit. p. 194.

Os credores, naturalmente, possuem uma situação de conflito em relação ao devedor, pois não há dúvida de que o interesse deles é receber o mais rápido possível o seu crédito. Esse conflito formal não pode ser considerado suficiente para invalidar o voto do credor, sob pena de inviabilizar a própria realização da assembleia. Da mesma forma, não se pode considerar abusivo o voto do credor movido pelo interesse individual de recebimento do crédito, pois tal conduta é esperada e não pode ser punida.

Desse modo, a única hipótese de aplicação da teoria do conflito de interesses na assembleia de credores ocorreria quando o credor manifestasse seu voto movido por interesses externos, que não o recebimento do próprio crédito⁷⁴. Não se pode pretender que o credor vote sempre tendo em vista o interesse social na recuperação judicial, vale dizer, é natural que o credor paute sua manifestação pelo seu interesse individual no recebimento do crédito. Apesar disso, quando restar comprovado que o voto é motivado por interesses externos (benefício a concorrentes, substituição em contratos, vingança etc.), o juiz teria o poder de desconsiderar os votos proferidos.

74 Ibid. p. 193.

A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA, SEU POSICIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E REQUISITOS PARA SUA VALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE¹

**NON-COMPETE CLAUSES, ITS LEGAL POSITION UNDER
BRAZILIAN LAW AND ITS VALIDITY REQUIREMENTS IN LIGHT
OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE**

*Eduardo Takemi Kataoka
Wallace Corbo*

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os requisitos e limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro às cláusulas de não-concorrência. Primeiramente, analisamos a natureza de tais cláusulas, concluindo pela possibilidade, em tese, de ao menos três espécies de cláusulas de não-concorrência: aquelas que vedam o restabelecimento do contratante sujeito ao dever de não-concorrência; as que vedam o exercício de sua profissão enquanto empregado; e as que conjugam ambas as características. Assim, à luz da legislação e dos princípios constitucionais aplicáveis, concluímos que as mencionadas cláusulas deverão obedecer a 5 (cinco) espécies de limites ou requisitos, a depender de sua natureza: limite temporal; limite geográfico-espacial; requisito de essencialidade e necessidade para a via-

¹ Artigo recebido em 01.03.2015 e aceito em 06.11.2015.

bilização do negócio principal; requisito de existência de risco de prejuízo ao empregado; e previsão de contraprestação ou indenização devida em razão do período de quarentena.

Palavras-chave: Cláusula de não-concorrência. Cláusula de quarentena. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: This article intends to analyze the requirements and limits imposed by the Brazilian legal system on non-compete clauses. Initially, it aims to analyze the nature of such clauses, reaching the conclusion that there are three types of non-compete clauses: those that prohibit the reestablishment of the party subject to the duty of non-compete; those that prohibit the exercise of its profession as an employee of another company; and those that conjugate both characteristics. Afterwards, based on the applicable legislation and constitutional principles, it concludes that the aforementioned clauses must observe 5 (five) sorts of limits or requirements, depending on their nature. Firstly, a temporal limit; secondly, a geographic-spatial limit; thirdly, a requirement of essentiality and necessity to make possible the function of the main business; fourthly, the requirement of existence of the employee financial detriments' risk; and lastly, the prevision of consideration or damages as result of the non-compete period.

Keywords: Non-compete clause. Quarantine clause. Proportionality principle.

Sumário: 1. Conceito e espécies de cláusulas de não-concorrência. 2. Fundamentos do dever de não-concorrência. A indispensabilidade de previsão contratual ou legal. 3. Requisitos de validade das cláusulas de não concorrência. 4. Aplicação dos requisitos de validade a negócios jurídicos não submetidos à jurisdição do CADE ou da Justiça Trabalhista. 5. Em conclusão.

1. Conceito e espécies de cláusulas de não-concorrência.

A informação, o conhecimento técnico e o *know-how* são, atualmente, ingredientes chave no desenvolvimento da atividade em-

presarial – trate-se de atividade aparentemente simples, trate-se da mais complexa possível. Não é incomum, portanto, que sociedades busquem proteger-se contra o risco de transferência deste conhecimento em razão da saída de empregados ou sócios-chave para o desenvolvimento de suas atividades.

É neste cenário que a cláusula de não-concorrência, também denominada de cláusula de quarentena no âmbito do direito trabalhista, desponta como instrumento que propicia a proteção da informação ou do *know-how*. Trata-se de cláusula que objetiva impedir a concorrência por um dos contratantes em relação aos demais contratantes ou sociedades que estes integram, por meio do exercício direto ou indireto da atividade econômica levada a efeito pela sociedade afetada.

Diante das possíveis limitações que estas cláusulas impõem, podemos identificar ao menos três espécies de cláusulas de não-concorrência. Uma primeira espécie diz respeito à vedação de restabelecimento de sociedade ou estabelecimento do contratante sujeito à cláusula em concorrência com a contraparte originalmente detentora do *know-how* empresarial. Pode-se dizer que estas cláusulas objetivam proibir a prática do exercício direto da atividade econômica.

Uma segunda espécie é representada pelas cláusulas que impedem o exercício de atividade profissional em sociedade concorrente com a originária detentora do conhecimento técnico protegido. Aqui, objetiva-se impedir o exercício indireto da atividade econômica – na medida em que o desenvolvimento de atividade profissional mediante o uso do *know-how* adquirido na sociedade protegida implicará, indiretamente, prejuízos à sociedade cujo conhecimento se pretende resguardar.

Por fim, uma terceira modalidade de cláusulas de não-concorrência conjuga ambas as espécies anteriores. É dizer, a uma só vez objetiva evitar tanto o restabelecimento ou estabelecimento da parte contratante em concorrência direta com a sociedade protegida, quan-

to o exercício de atividade profissional que se valerá do *know-how* adquirido naquela sociedade.

2. Fundamentos do dever de não-concorrência. A indispensabilidade de previsão contratual ou legal.

É de se notar, ainda, que a proibição da concorrência encontra também fundamento legal no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao contrato de *trespasse*. Com efeito, por força do artigo 1.147 do Código Civil:

Art. 1.147, CC. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Trata-se aqui, portanto, da vedação legal a que o alienante de estabelecimento empresarial exerça a mesma atividade ou atividade semelhante no período de 5 (cinco) anos após a celebração do contrato com o adquirente. O dispositivo objetiva, neste caso, permitir que o adquirente mantenha a clientela e não sofra prejuízo decorrente do restabelecimento do *trespassante* – detentor do *know-how* em relação ao mercado em que atua – na exploração de atividade econômica concorrente².

Há, ainda, outras modalidades contratuais em que – no que pese a inexistência de imperativo legal – cláusulas desta espécie são inseridas expressamente pelos contratantes visando a proteção do desenvolvimento da atividade econômica, com fundamento na auto-

2 Neste sentido, confira-se a lição de Marcelo Feres: “A obrigação de não-concorrência se apresenta como um mecanismo idôneo a mitigar os efeitos da desarticulação da freguesia pessoal no *trespasse* de estabelecimento, cujo aviamento seja subjetivo. Neste caso, a estipulação de não-concorrência se faz mesmo imprescindível, pois, embora não garanta a preservação da clientela, constitui uma necessária cautela quanto à sua possível perda” (FERES, Marcelo A. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39).

nomia da vontade e na liberdade contratual³. É o caso, por exemplo, de atos de concentração econômica. Trata-se de atos que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal, vertical ou conglomeração), seja por meio de fusão ou de incorporação de sociedades, de constituição de sociedade para exercer o controle de outras sociedades ou qualquer forma de agrupamento societário. As cláusulas de não-concorrência usualmente são expressamente previstas nestes atos. Note, pois, que não há aplicação analógica do art. 1.147 do Código Civil para os casos em que a cláusula não é prevista. Em relação aos atos de concentração econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) estabeleceu diversos requisitos de validade ou limites de aplicação das referidas cláusulas, que serão analisados em item a seguir.

Outro tipo contratual em que as mencionadas cláusulas têm sido inseridas são os contratos de trabalho. Nestas hipóteses, o empregado se obriga, por meio da cláusula, a não praticar atos que resultem em um desvio de clientela do empregador, seja por meio de estabelecimento do empregado, seja por meio do exercício do seu ofício em uma outra sociedade. Nestas ocasiões, a cláusula de não-concorrência visa a proteger, como já indicado, o *know-how* das sociedades – durante a vigência do contrato com seus empregados e após o seu término, a fim de evitar que sociedades concorrentes venham a se apoderar de informações e técnicas desenvolvidas para o exercício da atividade econômica. Em relação às cláusulas de não-concorrência inseridas em contratos de trabalho, a jurisprudência trabalhista tem delineado requisitos que serão mais profundamente analisados no item seguinte.

3 Arnoldo Wald e Alberto Xavier apresentam de maneira brilhante os fundamentos que permitem concluir pela possibilidade jurídica e licitude de mencionadas cláusulas. Assim, o autor identifica a inexistência de óbices seja à luz da liberdade geral civilista, seja à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Somado a isto, a tutela penal contra a concorrência desleal reforça o fundamento de validade em tese destas cláusulas. A este respeito, confira-se: WALD, Arnoldo; XAVIER, Alberto. Pacto de Não-Concorrência: validade e seus efeitos no direito brasileiro. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 847-863.

Interessante questão refere-se à existência de um dever de não-concorrência quando houver omissão legal e contratual. Em uma primeira mirada, seria possível afirmar que, nestes casos, o princípio da livre iniciativa, o princípio da legalidade e o princípio da autonomia da vontade implicam a impossibilidade de restrição à atividade do particular quando não decorrente de lei ou de cláusula contratual com a que tenha anuído. Sem prejuízo disso, a jurisprudência tem exposto uma controvérsia referente aos contratos de cessão ou alienação de quotas sociais.

Com efeito, é possível identificar precedente da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que perfilhou o entendimento no sentido de que, em operações societárias diversas do trespasse, como na cessão ou alienação de quotas sociais, ainda que não haja previsão expressa no contrato, aplica-se a cláusula de não-concorrência legalmente imposta e nos mesmos termos, por analogia⁴. Confira-se:

Ação cominatória. Abstenção de prática de concorrência desleal em atividade empresarial. Sócio retirante que constituiu outra empresa, no mesmo ramo de atividade e na mesma praça da sociedade da qual se retirou. Ato de deslealdade configurado. Implícita, no contrato de cessão das cotas societárias, a cláusula de não-restabelecimento. Impossibilidade de, embora reconhecida a prática de concorrência desleal, vedar o exercício da atividade empresarial pelo infrator por prazo superior a cinco anos, limitando a sua área de atuação futura. Sentença parcialmente reformada neste capítulo. Dano moral. Não configuração. A necessidade de

4 Em aparente concordância com este posicionamento, afirmou Fabio Konder Comparato: “Faz-se mister, no entanto, ir mais além, nessa análise do interesse das partes, no negócio de cessão de controle. Qualquer que seja a noção que se tenha do aviamento, parece evidente que o aviamento real ou objetivo refere-se tanto ao estabelecimento isolado, quanto à própria empresa em sua globalidade. Nessas condições, é irrecusável a admissão, nos negócios de cessão de controle, da cláusula implícita de não-concorrência por parte do cedente” (COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na S.A.* Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 290-291).

contratar advogado para a tutela de direitos em Juízo não enseja ressarcimento por danos morais. Autor que se conformou com o capítulo da sentença que não reconheceu a ocorrência de danos materiais. Apelação do réu provida, em parte. Não-conhecimento do recurso adesivo do autor⁵.

Em sentido oposto, precedente da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deixou de admitir a restrição à livre concorrência trazida pela vedação ao não-restabelecimento aos sócios retirantes, quando inexistente cláusula expressa e diante da ausência de disposição legal:

Apelação cível. Obrigação de não fazer. Ex-sócio que restabeleceu no mercado com a mesma atividade econômica da sociedade comercial anterior – Ausência de impedimento. Não há convenção entre as partes que estabeleça a proibição do réu em ingressar no mercado com a mesma atividade que exercia quando sócio do apelante. Nem havia contrato social, pois se tratava de sociedade comercial de fato. Não há caracterização de concorrência desleal. A livre concorrência é um dos princípios que regem a atividade econômica (art. 170, inc. IV, da C.F.) – Apelo improvido (Voto 21813)⁶.

Ambos os posicionamentos possuem fundamentos substanciais em seu favor. De um lado, a prática de atos de concorrência ato contínuo à retirada dos sócios pode ser considerada moralmente reprovável – inclusive desleal. Mais do que isso, a adoção de uma concepção de pós-eficácia das obrigações à luz do princípio da boa-fé, que demanda lealdade entre os contratantes mesmo após findo o contrato, poderia ensejar o entendimento razoável de que tal ato geraria à parte prejudicada direito de indenização comensurável à luz do prejuízo à atividade empresarial.

5 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9142767-40.2002.8.26.0000. Relator: Desembargador José Roberto Bedran. Segunda Câmara de Direito Privado. São Paulo. Julgado em 18.05.2010. Publicado em 27.05.2010.

6 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9195254-11.2007.8.26.0000. Relator: Desembargador Ribeiro da Silva. Oitava Câmara de Direito Privado. São Paulo. Julgado em 14.12.2011. Publicado em 14.12.2011.

Este entendimento, apesar de sólido, não parece ser normativamente o mais adequado em tese. É possível que, à luz de um caso concreto, revele-se evidente violação à boa-fé objetiva em razão da prática da insustentável reserva mental por um dos contratantes ou da existência de vícios de vontade que conduzam à invalidação do negócio jurídico ou ao reconhecimento de direito reparatório. Nada obstante, fato é que – em termos gerais – está-se aqui analisando matéria submetida aos princípios da legalidade, da livre iniciativa e da autonomia da vontade. Do primeiro, decorre a impossibilidade de se impor ao particular obrigação não prevista em lei e que não decorra diretamente de imperativo constitucional. O segundo, por sua vez, pretende garantir o livre desenvolvimento da atividade econômica, desde que submetidas aos parâmetros constitucionais e legais da boa-fé e da função social da empresa. Por fim, a autonomia da vontade impõe que, havendo receio de prejuízo às atividades econômicas de uma das partes, os contratantes negociem a inclusão de cláusula objetivando precisamente impedir tal situação.

É certo que a verificação, na prática, de hipossuficiência técnica de um dos contratantes, de lesão ou – em última análise – de adesividade contratual podem ensejar um quadro diverso – em que a interpretação do contrato deverá ser favorável à parte mais frágil, implicando o reconhecimento do dever de não-concorrer. Mas, em se tratando de relações levadas à efeito no âmbito empresarial, a generalização deste posicionamento conduziria a um indevido paternalismo contratual (que não se confunde, por certo, com a aplicação de princípios constitucionais e legais como a boa-fé e a função social dos contratos e da empresa).

Neste sentido, parece mais adequado reconhecer que, em regra, a inexistência de previsão contratual ou legal impede o reconhecimento de cláusulas de não-concorrência tácitas em uma generalidade de espécies de negócios jurídicos.

3. Requisitos de validade das cláusulas de não-concorrência.

Passamos, aqui, a analisar especificamente os requisitos de validade de cláusula de não-concorrência – ou seja, sob que condições é possível afirmar que o dever de não-concorrência fundado em previsão contratual encontra-se em acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nos últimos anos, dois principais órgãos têm sido responsáveis pela fixação, no Brasil, dos parâmetros de validade de cláusulas de não-concorrência, quais sejam, a Justiça do Trabalho e o CADE. Conquanto se trate de entes que possuem competências distintas e que se voltam para a análise de situações jurídicas específicas e diversas, não é despidendo – pelo contrário, é necessário – analisar quais parâmetros têm sido considerados na avaliação da validade de tais cláusulas. É que, como visto, as cláusulas de não-concorrência exercem forte influência sobre a atividade empresarial partindo de dois ângulos, o do Direito da Concorrência – evitando a concorrência direta – e o do Direito Trabalhista – evitando a concorrência indireta, conforme já conceituada.

É de se destacar, ainda, que os requisitos de validade a seguir elencados decorrem da incidência direta de 3 (três) princípios constitucionais, alguns já mencionados neste artigo. Primeiramente, incide sobre a questão o princípio da livre iniciativa sob suas duas facetas: por um lado, representando um ideal de acesso ao mercado no exercício de atividades econômicas e, por outro lado, traduzindo um conteúdo normativo que visa garantir este ideal. Essa liberdade de iniciativa impõe uma série de obrigações ao Estado, seja a sua não intervenção na ordem econômica, seja a sua atuação para regular o mercado, adotando medidas de estímulo à economia.

Incide ainda sobre a matéria o princípio da livre concorrência, que decorre do supramencionado princípio da liberdade de iniciativa. Sob este aspecto, a livre concorrência consiste na ideia de uma ordem econômica baseada na economia de mercado, dinamizada

pelo modelo concorrencial. Pelo princípio da livre concorrência, são afastadas condutas de abuso do poder econômico, tais como a formação de cartéis e monopólios, permitindo que os pequenos empreendimentos se desenvolvam e participem ativamente do mercado.

Por fim, ilustra os requisitos abaixo o princípio da liberdade de profissão, que reconhece a relevância do exercício profissional como um aspecto fundamental do desenvolvimento da autonomia individual e busca garantir a todos – resguardadas as limitações legais – não só o exercício da profissão, como também a escolha da profissão que será base para a construção do patrimônio e a subsistência individual e familiar⁷.

Ao pôr luz sobre a cláusula de não-concorrência, estes princípios impedem a formulação de acordos ilimitados e independentes de requisitos e balizas. É dizer, a cláusula de não-concorrência não pode ser ilimitada, sob pena de violação de princípios constitucionais garantidores da ordem econômica e da dignidade da pessoa humana. A esse respeito, leciona Nelson Nery Jr.:

Em outras palavras, qualquer medida que vise à minimização dos direitos fundamentais à livre iniciativa e à livre concorrência deve preencher requisitos essenciais, verdadeiros pressupostos de validade, para que não se viole frontalmente as liberdades públicas que são inerentes ao ser humano, na sua individualidade e no seu desenvolvimento em sociedade⁸.

No mesmo sentido, a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

7 Nelson Nery Junior, em seu parecer sobre o tema, inclui no princípio da livre iniciativa o princípio da liberdade de profissão. No que pese a proximidade entre os institutos, parece-nos relevante tratá-los como princípios distintos. Cf. NERY JR., Nelson, Cláusula de Não Concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. In: NERY JR., Nelson (Coord.). *Soluções Práticas de Direito*. [S.l]: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7, p. 467.

8 NERY JR., Nelson. Op. cit. Disponível em: “www.revistadostribunais.com.br”. Acesso em: 20 abr. 2015.

É válida a cláusula contratual de não-concorrência quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais. A proibição irrestrita da competição entre os contratantes não vale porque significa desrespeito ao princípio básico de organização da economia de livre mercado⁹.

Tendo isto em consideração, passamos à análise dos requisitos elencados pelo CADE quando da apreciação dos já apresentados atos de concentração. No Ato de concentração nº 08012.005881/2008-93, o Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos assim consignou:

Segundo entendimento deste Conselho, essas cláusulas devem ser (i) acessórias ao negócio principal; (ii) ter abrangência territorial equivalente ao mercado relevante geográfico; (iii) ter duração limitada no tempo (normalmente tem-se limitado a cinco anos); e (iv) ser diretamente relacionada com a viabilidade do negócio¹⁰...

Passemos à análise individualizada de cada um dos quatro requisitos identificados pelo CADE.

O primeiro requisito refere-se à acessoriedade da cláusula de não concorrência. Significa dizer que, para que seja válida, a cláusula de não-concorrência depende da existência de um acordo principal em relação ao qual figura como acessório. Neste sentido, o dever de não-concorrência não tem validade por si só – dependerá, sim, de um negócio jurídico cujos efeitos posteriores à execução do contrato se pretenda resguardar (notadamente, a proteção da atividade empresarial).

9 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 247. Sem destoar deste entendimento, Antonio Junqueira de Azevedo igualmente reconhece a possibilidade de cláusulas de não-concorrência abusivas ou excessivas violarem o direito à liberdade (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*. *Revista dos Tribunais*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, v. 797, p. 11, Mar., 2002).

10 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005881/2008-93. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília. Julgado em 09.07.2008.

O segundo requisito demanda a limitação geográfico-espacial da cláusula. Com efeito, a abrangência da cláusula deve-se limitar ao mercado relevante geográfico, restringindo sua delimitação espacial aos locais nos quais atua a sociedade empresária a que se refere a cláusula de não-concorrência. A cláusula pode ter validade no território de um Município, Estado ou até de todo o País, a depender da atividade exercida pela sociedade empresária. Deve-se sempre observar o princípio da proporcionalidade na casuística para estabelecer a limitação geográfica da cláusula, a fim de evitar violações à livre-concorrência e livre iniciativa.

Com efeito, se o que se pretende pela cláusula é evitar a concorrência desleal, a não limitação geográfico-espacial pode figurar verdadeiro exagero em descompasso com o intuito das partes. É dizer, nenhuma razão exista para que uma sociedade empresária situada em um pequeno município do Rio Grande do Sul – com atividade exclusivamente local – insira em determinado pacto cláusula de concorrência geograficamente ilimitada ou limitada ao território nacional. Nesta situação, a cláusula seria evidentemente deturpada, passando a gerar ônus indevido e injustificável ao contratante a ela sujeito, sem qualquer fundamento nas bases contratuais. Nesse sentido, o Enunciado nº 4 da Súmula do CADE¹¹ dispõe que a vedação ao não-restabelecimento deve se restringir aos mercados de atuação da sociedade empresária.

Ainda, a cláusula deverá conter, segundo o entendimento do CADE, uma limitação temporal. É dizer, a vedação à concorrência deve ser estabelecida por um período de tempo razoável, evitando-se excessos. Esse prazo, conforme a Súmula nº 5 do CADE, é de, no máximo, 5 (cinco) anos, qualquer disposição além deste prazo deve ser revista. A limitação temporal é não só razoável como necessária à luz da finalidade de proteção contra a concorrência desleal. O conhe-

11 CADE, Enunciado 4 da Súmula: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint venture, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”.

cimento, o *know-how*, naturalmente evolui no curso do tempo e, em regra, torna-se obsoleto (ao menos para fins de projeção de uma determinada atividade). Assim, se, de um lado, é razoável supor que o uso imediato de um *know-how* atual poderá gerar prejuízos à sociedade protegida, de outro figura irrazoável que a vedação à concorrência se protraia no curso de décadas – quando, senão por verdadeira incapacidade da sociedade protegida de desenvolver e aprofundar seus conhecimentos técnicos, o *know-how* tornou-se muito provavelmente obsoleto.

Por fim, a cláusula, segundo a jurisprudência do CADE,¹² deve ser dotada de essencialidade em relação ao negócio principal. Significa dizer que a cláusula de não-concorrência deve ser diretamente necessária para a viabilidade do negócio principal – nas análises especificamente levadas a efeito pelo CADE, este negócio consiste na concentração empresarial. Neste sentido, a cláusula apenas pode ser reputada válida quando o negócio jurídico principal possa gerar risco de esvaziamento ou prejuízo na manutenção da atividade empresarial, gerando inclusive perdas econômicas para o contratante que integrou o acordo. Assim, a cláusula deve possuir uma razão relacionada com as características do mercado relevante abrangido e seu alcance deve ser restrito a tal fundamentação. Do contrário, ela se configuraria como mero instrumento limitador da livre concorrência.

Cumpra-se destacar a lição de Fábio Ulhoa Coelho acerca dos requisitos que, como visto, foram admitidos pelo CADE:

É, no entanto, unânime, na doutrina e jurisprudência de diversos países, que a validade da interdição, mesmo a legalmente prevista, depende de alguns limites. O empresário que alienou o seu estabelecimento não pode ficar impedido de explorar atividades não concorrentes, ou ficar vinculado à obrigação de não-fazer por prazo indeterminado

12 Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005881/2008-93. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília. Julgado em 09.07.2008.

ou sem delimitações geográficas. A cláusula de não-restabelecimento que vede a exploração de qualquer atividade econômica, ou não estipule restrições temporais ou territoriais ao impedimento, é inválida. O objetivo da proibição contratual é impedir o enriquecimento indevido do alienante, por meio do desvio eficaz de clientela. Ora, se ele se restabelece em atividade não concorrente, ou para atender região inalcançável pelo potencial econômico do antigo estabelecimento, ou, ainda, depois de transcorrido prazo suficiente para o adquirente consolidar sua posição no mercado, não se verifica concorrência direta entre os participantes do contrato de *trespasse*; conseqüentemente, não há disputa da mesma clientela, nem enriquecimento indevido do alienante. (...) É válida a cláusula de não-concorrência quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais. A proibição irrestrita da competição entre os contratantes não vale porque significa desrespeito ao princípio básico de organização da economia de Livre Mercado¹³.

Requisitos sob alguns aspectos semelhantes foram delineados pela Justiça Trabalhista quando apreciou, em diversos julgados¹⁴, a validade de cláusulas de não-concorrência no âmbito das relações empregatícias.

Neste sentido, a Justiça Trabalhista reconheceu como primeiro requisito a natureza da atividade e o risco de prejuízo que a transferência do trabalhador para outro empregador poderia gerar ao empregador originário. Assim, a restrição à liberdade de trabalho deve

13 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 123 e 244.

14 Neste sentido: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário nº 0001948-28.2010.5.02.0007. Relator: Desembargador Edilson Soares de Lima. São Paulo. Julgado em 22.11.2012; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso ordinário nº 0131300-08.2009.5.01.0070. Relator: Desembargador Evandro Pereira Valadão Lopes. Rio de Janeiro. Julgado em 25.10.2010.; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00211-2009-068-01-00-8. Relator: Desembargador Marcos Palacio Rio de Janeiro. Julgado em 10.02.2010; e BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário nº 20070117254. Relator: Desembargador Fernando Antonio Sampaio da Silva. São Paulo. Julgado em 16.03.2007.

atender a parâmetros de proporcionalidade, de modo que, para que seja válida a cláusula de não-concorrência, o exercício da atividade objeto da quarentena deve ser apto a causar efetivo prejuízo à sociedade empresária. É dizer: deve ser uma atividade cujo conhecimento seja de tal modo relevante a ponto de justificar restrição posterior ao trabalho do empregado, causando prejuízo sensível ao empregador.

Ademais, a Justiça Trabalhista igualmente reconhece a necessidade de limitações geográfico-espacial e temporal, cuja extensão deve ser adequada à efetiva necessidade de proteção à atividade empresarial. Notadamente no que diz respeito à limitação temporal, há especial tom sobre a noção, já adiantada anteriormente, de que o passar do tempo faz com que as informações e o conhecimento adquiridos pelo trabalhador se desatualizem, perdendo importância e, em consequência, deixando de justificar restrição a sua ulterior atividade profissional.

Por fim, a Justiça Trabalhista impõe o dever de previsão de contraprestação ou indenização pelo período de quarentena. Esta reparação deverá observar, para tanto, o mínimo equilíbrio entre a obrigação imposta ao empregado e a contrapartida que lhe é oferecida. Trata-se de avaliar se existe equilíbrio entre a contraprestação/indenização e o sacrifício à liberdade de profissão.

Questão relevante diz respeito a como conjugar tais requisitos em se tratando de cláusula de não-concorrência de natureza mista – que vise à vedação da concorrência direta e indireta – notadamente em se tratando de negócios jurídicos que não configuram expressamente atos de concentração ou contratos de trabalho. É este o entendimento final a que pretendemos nos lançar.

4. Aplicação dos requisitos de validade a negócios jurídicos não submetidos à jurisdição do CADE ou da Justiça Trabalhista.

Como visto, as cláusulas de não-concorrência podem ser apostas a diversas espécies de negócios jurídicos, em cujo rol se inse-

rem apenas exemplificativamente os atos de concentração e os contratos de trabalho. Partindo, pois, dos requisitos fixados pelo CADE e pela Justiça Trabalhista, pretendemos lançar a seguir alguns argumentos permitindo concluir pela existência de 5 (cinco) requisitos aplicáveis às cláusulas de não-concorrência entabuladas em negócios jurídicos de natureza civil e empresarial distintos daqueles submetidos à jurisdição trabalhista e administrativa do CADE.

Destaque-se, desde já, que a Justiça do Trabalho não rejeita o requisito da acessoriedade admitido pelo CADE – adequando-o às relações laborais e configurando-o como o risco de prejuízo à atividade do empregador – e adiciona o requisito da contraprestação/indenização, em atenção à restrição excessiva imposta ao empregado, impedido de exercer a profissão para a qual se encontra capacitado. A ausência de contraprestação/indenização pelo período de vigência da cláusula de não-concorrência gera, à luz dos requisitos fixados pela Justiça Laboral, a nulidade da cláusula.

Ainda, é de se notar que mesmo as relações civis e empresariais não são regidas por uma ilimitada e absoluta liberdade de contratar. Pelo contrário, a autonomia da vontade e liberdade contratual sujeitam-se aos princípios constitucionais – notadamente àqueles que se relacionam diretamente à tutela da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, consistindo a cláusula de não-concorrência uma verdadeira limitação horizontal de direitos fundamentais, parece aconselhável analisar as restrições impostas pelas partes à luz do princípio da proporcionalidade.

Como cediço, a prática constitucional que se desenvolveu no Brasil a partir da Constituição de 1988 firmou a tese de que os direitos fundamentais nada mais são que princípios que, como tais, devem ser aplicados no maior grau possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas¹⁵. Afirmar-se, no entanto, que direitos funda-

15 O conceito, cunhado por Robert Alexy, reverberou na doutrina nacional. Neste sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. [S.l.]: Revista dos

mentais são passíveis de restrição não significa dizer que qualquer restrição é possível. Pelo contrário, é pacífico o entendimento atual segundo o qual a restrição a direitos fundamentais deve atender à máxima da proporcionalidade¹⁶.

No plano doutrinário, a opinião é quase uníssona ao afirmar que o princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios¹⁷: (i) a adequação lógica entre meio e fim; (ii) a necessidade da medida ou a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito. Referidas etapas devem ser analisadas na ordem apresentada, devendo a análise ser interrompida em qualquer tempo caso se verifique violação a um dos subprincípios – pelo que a norma será tida como desproporcional¹⁸.

Na primeira etapa, busca-se verificar se a finalidade ‘P’ pretendida pela norma decorre logicamente da medida ‘M’ empregada – que, por sua vez, deve ser consentânea com o ordenamento constitucional vigente¹⁹.

O subprincípio da necessidade, em poucos caracteres, põe a seguinte pergunta: há outra medida ‘M_n’ que atinja em igual ou maior intensidade a finalidade ‘P’, mas que, em outro passo, restrinja em

Tribunais, nº 798, p. 23-50, Abril, 2002 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da Razoabilidade e de Proporcionalidade. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-292.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292.

17 Por todos, veja-se: ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*. [S.l.: s.n.], v. 16, nº 2, p. 131-140, Junho, 2003; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. *Passim*; e SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, nº 798, p. 23-50, Abril, 2002.

18 ALEXY, Robert. Op. cit. p. 131-140; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

19 ALEXY, Robert. Op. cit. p. 131-140; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

menor grau o direito ou finalidade contraposta²⁰? Aqui, duas análises são feitas. Primeiro, indaga-se se há outras medidas que atinjam em menor ou igual intensidade a finalidade almejada. Em segundo lugar, indaga-se se, entre estas medidas, há alguma que restrinja em menor grau algum dos direitos afetados negativamente pela medida. Por esta razão, o subprincípio da necessidade é também chamado de subprincípio da *vedação do excesso*²¹ – busca-se declarar a desproporcionalidade de medidas exageradas, que, a pretexto de promover determinados direitos, restrinjam sobremodo e desnecessariamente outros.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito demanda uma análise das “possibilidades jurídicas” dos princípios em jogo, por meio de uma “fórmula da ponderação” que afirma que quanto maior a interferência sobre um direito constitucional, maior deverá ser a certeza das premissas aplicadas e dos benefícios trazidos²².

À luz desta premissa, parece-nos adequado crer serem aplicáveis 5 (cinco) requisitos de validade de cláusulas de não-concorrência, analisados a partir da máxima da proporcionalidade²³. Acesso

20 Por todos, veja-se: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

21 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 259-292; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 23-50.

22 ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. [S.l.: s.n.], v. 16, nº 2, p. 131-140, Junho., 2003. No mesmo sentido: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. *Passim*.

23 Nelson Nery Jr., por sua vez, identifica quatro requisitos: temporal, geográfico, material e remuneratório. Diversamente de nosso entendimento, o autor identifica o requisito da identificação do ramo da atividade a que se refere. Assim, não identifica, como identificamos, a necessidade de evidencição do risco de prejuízo e da essencialidade da cláusula ao negócio jurídico principal. No que pese o brilhantismo do autor, parece-nos que a identificação do ramo da atividade é consequência necessária da aplicação dos testes de essencialidade e de risco de prejuízo, que trazem para a análise da validade, no entanto, elementos mais amplos – requerendo a efetiva justificação da cláusula à luz das restrições impostas a direitos fundamentais, sob o fundamento do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. (Op. cit. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br)

em: 20 abr. 2015). São eles o limite temporal, o limite geográfico-espaçial, o requisito da essencialidade, o requisito do risco de prejuízo e a previsão de contraprestação. Alguns temperamentos, no entanto, parecem ser necessários na transposição destes requisitos à disciplina civil-empresarial.

Primeiramente, parece inadequado fixar limites temporais rígidos aplicáveis a toda e qualquer cláusula de não-concorrência, em desconsideração da atividade econômica desenvolvida. Da mesma forma que há áreas do conhecimento em que a técnica se desenvolve de maneira intensamente ágil, outras demandam maior tempo para aprimoramento. É dizer: o período necessário para que o *know-how* torne-se obsoleto (ou presumivelmente obsoleto) varia de acordo com a área da atividade analisada²⁴. A análise casuística, nesse sentido, será necessária à definição da razoabilidade e da proporcionalidade da restrição temporal – que deverá ser adequada à proteção da atividade empresarial sem que, ao mesmo tempo, gere substancial interferência na autonomia individual daquele que se sujeita à cláusula. Há, por certo, uma zona de certeza positiva – a inexistência de limitação implicará necessariamente a invalidade da cláusula.

24 Seguindo este entendimento, o voto do Conselheiro-Relator Marcelo Procópio Calliari do CADE, no Ato de concentração nº 77/97, de 24 de Junho de 1998: “Um aspecto que merece atenção trata da cláusula de não-concorrência presente na transação pela qual a alienante compromete-se a não retomar ao mercado de estireno por um período de 10 anos. A Procuradoria considerou a obrigação longa demais, sugerindo sua redução para um prazo de cinco anos, usual, segundo o parecer, nos contratos apreciados pelo CADE. Com a devida vênia, considero perigoso que o CADE venha a determinar um prazo padrão, para todos os setores da economia no caso de tais cláusulas, já reconhecidas pelo CADE como prática comercial normal, não-ofensivas à concorrência per se. Isso porque as condições de cada setor podem ser as mais diversas, e a imposição de cinco anos de quarentena para um ex-concorrente pode ser extensa demais em alguns casos e exígua demais noutros. Para indústrias com investimentos mais vultuosos, planos estratégicos de longo prazo, maturação mais lenta e tradição de relações duradouras com fornecedores e clientes, como é o caso de indústrias do setor petroquímico, parece justificar-se o prazo mais dilatado da cláusula de não-concorrência”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 77/97. Relator: Conselheiro Marcelo Procópio Calliari. Brasília. Julgado em 24.06.1998).

No mesmo sentido, a limitação geográfico-espacial não se poderá restringir a uma análise do espaço territorial em que a sociedade protegida pela cláusula atua. Pelo contrário, a análise do caso concreto deverá revelar, por exemplo, se uma limitação geográfico-espacial aparentemente insuficiente (por exemplo, o território nacional) em realidade está de acordo com planos de médio ou longo prazo para a expansão da atividade empresarial originária. Em todo caso, aplica-se novamente a máxima da razoabilidade e da proporcionalidade: qualquer restrição deverá ser justificável à luz da adequada e necessária proteção da atividade empresarial.

A essencialidade, por sua vez, partindo igualmente de uma análise voltada para a razoabilidade e proporcionalidade da cláusula, implica a necessidade de que entre a não-concorrência e a atividade empresarial protegida haja efetivo liame justificatório. É dizer: é necessária a presença de mínima justificação contratual que permita concluir que a inexistência da não-concorrência poderá implicar menor ou nenhum proveito econômico a advir do negócio jurídico em que inserida a cláusula.

O quarto requisito consiste na necessidade de que haja risco de prejuízo – novamente, em atenção ao princípio da razoabilidade e da racionalidade, visto que, tratando-se de cláusula que restringe direitos fundamentais e afasta parcialmente a incidência de princípios constitucionais das relações privadas, é necessário que se revele sua justificação à luz de riscos gerados a outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais.

Por fim, a compensação ou indenização como quinto requisito seria aplicável apenas às situações que se refiram ao exercício profissional que possa gerar concorrência com a sociedade protegida pela cláusula. A razão é deveras simples: caso se trate de mera proibição de restabelecimento ou estabelecimento de sociedade concorrente, não se esvazia por completo a possibilidade de o indivíduo sujeito à cláusula buscar outras fontes de renda que lhe permitam sua subsistência e a de sua família.

No entanto, quando a mencionada cláusula se estende igualmente para o exercício da atividade profissional – notadamente quando o indivíduo afetado seja tecnicamente capacitado apenas para uma determinada atividade profissional que se relaciona com a atividade econômica desenvolvida pela sociedade protegida – esta possibilidade esvaece. Neste tocante, sendo-lhe impossível buscar razoavelmente outras fontes de renda – já que seria irrazoável obrigá-lo a exercer profissão diversa daquela para qual se encontra qualificado – a previsão de contraprestação ou indenização proporcional à restrição temporal e geográfica imposta figura necessária à validade de tal cláusula restritiva da liberdade profissional.

5. Em conclusão.

Por certo, não pretendemos, neste estudo, esgotar o profícuo tema das cláusulas de não-concorrência – e tampouco buscamos encerrar com um ponto final os assuntos aqui abordados. Mais que isso, buscou-se aqui delinear um panorama geral que circunda tais cláusulas à luz do ordenamento brasileiro, de modo a formular uma proposta legal e constitucionalmente adequada para a análise de sua validade em contratos de natureza civil e empresarial.

É de se concluir, assim, que sendo lícita a previsão de tais cláusulas em negócios privados – como decorrência do princípio da autonomia da vontade –, a restrição por elas imposta a direitos fundamentais como a liberdade de iniciativa e a liberdade de profissão deve obedecer às máximas da proporcionalidade e da razoabilidade a partir da aplicação de 5 (cinco) requisitos. Tais cláusulas deverão, assim, ser limitadas no tempo e no espaço; ser essenciais ao negócio jurídico principal cujo proveito econômico pretendem assegurar; ser inseridas em negócio jurídico no qual sua ausência configure risco de prejuízo à parte protegida; e prever, nas hipóteses de limitação da liberdade de profissão, a devida e proporcional contraprestação.

EMPRESA AGRÁRIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA¹

AGRARIAN ENTERPRISE IN THE BRAZILIAN LAW

Frederico Garcia Pinheiro

Resumo: Este artigo tem o escopo de analisar os requisitos para a conformação da empresa agrária na legislação brasileira.

Palavras-chave: Atividade agrária. Empresa agrária. Atividade rural. Empresa rural. Agronegócio. Agroindústria.

Abstract: This article has the scope to analyze the requirements for the conformation of the agrarian enterprise in the brazilian law.

Keywords: Agrarian activity. Agrarian enterprise. Rural activity. Rural enterprise. Agribusiness. Agrobusiness.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Teorias clássicas sobre a atividade agrária. 3 – Atividade agrária na legislação brasileira. 4 – Empresa agrária: a “atividade rural” como principal profissão. 5 – Empresa agrária, agronegócio e agroindústria. 6 – Empresa agrária e a empresa rural no Estatuto da Terra. 7 – Conclusão.

¹ Artigo recebido em 06.03.2015 e aceito em 10.09.2015.

1. Introdução.

Seguindo as lições de Waldírio Bulgarelli, expostas na clássica obra *Teoria Jurídica da Empresa: análise crítica da empresarialidade*, publicada em 1985, e que continuam atuais, a acepção funcional da empresa é aquela que melhor se relaciona com as demais categorias jurídicas que envolvem e integram o fenômeno denominado empresarialidade.

Considerada como uma especial atividade (econômica, organizada, profissional e destinada à produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado), a empresa não será confundida com o sujeito que a exerce (o empresário), nem com os bens organizados para instrumentalizar o seu exercício (o estabelecimento). Essa foi a idéia adotada pelo atual Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), facilmente detectada pela análise conjunta dos seus arts. 966 e 1.142.

Empresa-atividade, empresário e estabelecimento têm conceitos jurídicos e funções jurídicas específicas e não devem ser confundidos entre si, sob pena de haver prejuízo para a segurança jurídico-metodológica.

Nessa toada, é possível afirmar que a empresarialidade agrária engloba três fenômenos jurídicos inter-relacionados: a empresa agrária, o empresário agrário e o estabelecimento agrário. Todos eles têm em comum o fato de vincularem-se ao exercício de alguma atividade agrária, principalmente porque a empresa agrária é uma atividade agrária propriamente dita que preenche outros pressupostos².

Os arts. 971 e 984 do atual Código Civil brasileiro trataram de modo distinto a empresarialidade agrária, razão pela qual se faz mister aferir quais os contornos e limites da atividade que qualifica a em-

2 *Es la actividad agraria la que sirve para distinguir la empresa agraria de la empresa comercial, pues la calificación de la empresa se funda en la diversidad del objeto, y en consecuencia es necesario establecer cuál es el objeto agrario de la empresa*” (BREBBIA, Fernando P. *Manual de Derecho Agrario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 74).

presa agrária e, conseqüentemente, o empresário e o estabelecimento agrários – eis o foco de estudo do presente artigo.

2. Teorias clássicas sobre a atividade agrária.

Apesar de a definição normativa ser dependente das disposições de dado ordenamento jurídico, existem três principais teorias clássicas que buscam justificar, em abstrato e genericamente, quais são as atividades que, diante de suas peculiaridades, devem ser classificadas como atividades agrárias. Ao longo do desenvolvimento do Direito Agrário surgiram diversas teorias sobre a delimitação das atividades agrárias, porém as teorias clássicas são as três que ganharam maior repercussão doutrinária e que serão doravante apresentadas.

Primeiramente, o argentino Rodolfo Ricardo Carrera desenvolveu a teoria agrobiológica como critério identificador da atividade agrária. Para tanto, contou com o auxílio do engenheiro agrônomo Andrés Ringuélet, para realizar “uma feliz simbiose do agrônomo com o jurídico”³, bem como do economista mexicano Gilberto Fabila. Dessa forma, Rodolfo Ricardo Carrera⁴ considerou imprescindível o

3 “Nosotros hemos tomados bases elaboradas por la Secretaría Técnica de nuestro Instituto, en las que se nota una evidente preocupación por el elemento agrobiológico, dada por la especialidad de su autor, el ingeniero Andrés Ringuélet; la hemos trasplataado al campo de nuestra disciplina jurídica y realizado así una feliz simbiosis de lo agronómico con lo jurídico, que há dado por resultado una fórmula que creemos puede resolver el difícil escollo y permite, aplicando dicha fórmula, desarrollar toda la doctrina jurídica agraria que aún falta elaborar. Con lo cual habremos contribuido a la futura creación de la legislación agraria argentina” (CARRERA, Rodolfo Ricardo. *Bases de la teoría agrobiológica del Derecho Agrario*. In: *Derecho Agrario para el desarrollo*. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 5).

4 No prólogo do livro de Bernardino C. Horne (*Temas de derecho agrario*), editado em 1948 pelo Instituto Agrário Argentino, foi quando, pela primeira vez, houve a exposição pública da teoria agrobiológica do Direito Agrário (CARRERA, Rodolfo Ricardo. *Bases de la teoría agrobiológica del Derecho Agrario*. In: *Derecho Agrario para el desarrollo*. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 1). Mas só posteriormente, em 1960, foi que referida teoria obteve grande destaque no cenário internacional, em virtude de ter sido “apresentada na Primeira Assembléia do Instituto de Direito Agrário e Comparado de Florença” (LARANJEIRA, Raymundo; SODERO, Fer-

estudo e a utilização de critérios extrajurídicos para definir a atividade agrária, pois são “as leis biológicas, agronômicas e da economia agrária que dão a esta atividade características específicas, e ao Direito Agrário a razão de sua existência como disciplina jurídica autônoma”⁵.

De acordo com a teoria agrobiológica, em síntese, o elemento diferenciador contido na atividade agrária é, principalmente, a submissão de tal atividade ao processo agrobiológico⁶, iniciado pelo trabalho humano e incidente sobre a terra. Nesse sentido, Rodolfo Ricardo Carrera expôs sua inovadora teoria:

O elemento constitutivo essencial do Direito Agrário, temos dito, é a atividade agrária que, segundo Fabila, é uma indústria genética perfeitamente diferenciada das outras indústrias de extração, de transformação ou de serviço. É indispensável, conseqüentemente, para definir o Direito Agrário, caracterizar essa indústria genética que lhe dá origem; assim, temos estabelecido que nesta atividade concorrem sempre, para lhe dar características próprias, fatores que não aparecem nas outras atividades e que são, precisamente, os que lhe dão especificidade. Esses fatores constitutivos são primordialmente dois, que em termos gerais podem ser compreendidos nos valores de natureza e vida, e que na nossa matéria correspondem à terra e ao processo agrobiológico. Ao lado desses elementos, concorrem uma séria de outros fatores e etapas de desenvolvimento e, até mesmo, leis biológicas que também caracterizam e definem a ativi-

nando Pereira; e MAIA, José Motta. In: BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA Elisabete; MIRANDA, Alcir Gursen de (coord.). *A lei agrária nova*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2008, p. 367).

5 Livre tradução do original: “[...] las leyes biológicas, agronómicas y de la economía agraria, que le dan a esta actividad características específicas, y al derecho agrario la razón de su existencia como disciplina jurídica autónoma” (CARRERA, Rodolfo Ricardo. *Bases de la teoría agrobiológica del Derecho Agrario*. In: *Derecho Agrario para el desarrollo*. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 7).

6 *Processo agrobiológico* deve ser entendido como sinônimo de *processo biológico*. No presente trabalho, são usadas indistintamente as duas expressões.

dade agrária; eles são o clima, com suas variantes de chuva, seca, granizo, inundação, irrigação, estações etc., e os próprios da agricultura, como claridade, sombra, germinação, crescimento e maturação, com os próprios da pecuária, fecundação, nascimento, cria, em todos os quais devem computar-se prazos e períodos biológicos.⁷

Partindo das lições cunhadas por Rodolfo Ricardo Carrera, baseadas em dados extra-jurídicos, o italiano Antonio Carrozza, posteriormente, desenvolveu estudos jurídicos e extra-jurídicos que resultaram na adição de mais uma característica imprescindível à atividade agrária: sujeição aos naturais riscos técnico-econômicos da agropecuária. Dessa forma, Antonio Carrozza deu origem à *teoria agrobiológica da agrariedade* ou, simplesmente, *teoria da agrariedade*⁸, como

7 Livre tradução do original: “*El elemento constitutivo esencial del derecho agrario, hemos dicho, es la actividad agraria que, al decir de Fabila, es una industria genética perfectamente diferenciada de las otras industrias de extracción, de transformación o de servicio. Es indispensable, en consecuencia, para definir el derecho agrario, caracterizar esa industria genética que le da nacimiento; así, hemos establecido que en esta actividad concurren siempre a darle carácter factores que no aparecen en las otras actividades y que son, precisamente, los que le dan especificidad. Estos factores constitutivos son primordialmente dos, que en términos generales pueden ser comprendidos en los valores de naturaleza y vida, y que en nuestra materia corresponden a tierra y proceso agrobiológico. Alrededor de estos elementos concurren una serie de otros factores y de etapas de desarrollo y hasta de leyes biológicas que también caracterizan y definen la actividad agraria; ellos son el clima, con sus variantes de lluvia, sequía, granizos, inundaciones, riego, estaciones, etc., y los propios de la agricultura, como roturación, siembra, germinación, crecimiento y maduración, con los propios de la ganadería, fecundación, particiones, cría, en todos los cuales deben computarse plazos y períodos biológicos*” (CARRERA, Rodolfo Ricardo. *Bases de la teoría agrobiológica del Derecho Agrario*. In: *Derecho Agrario para el desarrollo*. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 4-5).

8 “Termo que exprime ou externa o denominador comum das normas que dizem respeito ao direito agrário, especificando, pois, a característica que o distingue dos demais ramos jurídicos e que lhe dá a especialidade. Foi introduzido na doutrina agrarista pelo prof. Antonio Carrozza, da cadeira de Direito agrário da Universidade de Pisa, na Itália em estudo que apresentou nas jornadas ítalo-espanholas de direito agrário, organizadas pelas catedras de Direito civil das Faculdades de direito de Salamanca e de Valladolid, na Espanha, em 1972 (v. *Rivista di diritto agrario*, 1973, I, págs. 83 e segs.) e posteriormente ampliado e publicado na Itália, sob o título *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario* (Giuffrè, Milão, 1975, 189 págs.)” (SODERO, Fernando Pereira. Agrariedade, agrarismo, etc. *Rivista di Diritto Agrario*. V. 1. Milano: IDAIC, Giuffrè, 1978, p. 128).

se tem preferido denominar na doutrina, e que pode ser assim resumida, *in verbis*:

A atividade produtiva agrícola consistente no desenvolvimento de um ciclo biológico, vegetal ou animal, ligado direta ou indiretamente ao desfrute das forças e dos recursos naturais e que se resolve economicamente na obtenção de frutos, vegetais ou animais, destinados ao consumo direto como tais, ou submetidos a uma ou múltiplas transformações.⁹

Em outras palavras, Antonio Carrozza definiu a atividade agrária como sendo aquela que, de um lado, tem de se curvar ao ciclo natural do processo agrobiológico e, de outro, conseqüentemente, também está sujeita aos naturais riscos técnico-econômicos decorrentes, que não podem ser totalmente previstos e controlados mediante a intervenção humana¹⁰, em que pese esta ser imprescindível para que tenha início o referido processo agrobiológico¹¹. Outrossim, a

9 Livre tradução do original: *“La attività produttiva agricola consiste nello svolgimento di un ciclo biologico concernente l'allevamento di esseri animali o vegetali, che risulta legato direttamente o indirettamente allo sfruttamento delle forze e delle risorse naturali, e che si risolve economicamente nell'ottenimento di frutti (vegetali o animali) destinati al consumo, sia come tali sia previa una o più trasformazioni”* (CARROZZA, Antonio. *Lezioni di Diritto Agrario*. v. 1. Milano: Giuffrè editore, 1996, p. 10).

10 *“Ancora è stato rilevato che tutte le attività dipendenti da cicli biologici legati alla terra, o più genericamente alla natura, sono sottoposte all'imperio di forze naturali; alcune di esse sono influenzabili ed indirizzabili dall'intervento organizzato dell'uomo, altre no, mentre nelle attività industriali in senso stretto i processi produttivi, quand'anche siano di carattere biologico, sono nella totalità dominabili dal produttore, in ambienti perfettamente controllati”* (Ibid., p. 10-11).

11 “O ciclo agrobiológico pressupõe a existência de organismos vivos – a planta, o animal – ao menos, durante o seu desenvolvimento. Como a atividade agrária é atividade humana, deve ser provocada pelo próprio homem, aquele que acompanha o processo orgânico, não tendo sobre ele, pelo risco natural correlato, o controle absoluto. Dessa forma, o extrativismo animal e vegetal – a caça, a pesca, a coleta de frutas – na pode ser considerado, em sentido estrito, ato agrário. Muito mais flagrante é a exclusão da atividade de mineração, na qual inexistem sequer o ciclo agrobiológico. Também não se enquadra como atividade agrária aquela exclusivamente conservativa da natureza, com objetivo preservacionista, regulada precisamente pelo Direito Ambiental. Os parques públicos e as reservas particulares do meio ambiente estão

submissão a riscos econômicos específicos decorre do direcionamento da produção agrária para o mercado consumidor em geral.

A teoria da agrariedade de Antonio Carrozza também difere da teoria agrobiológica de Rodolfo Ricardo Carrera porque não exige a imprescindibilidade da terra, como meio para que se desenvolva o processo agrobiológico – evolução evidente. Pela teoria da agrariedade, é reconhecida como atividade agrária qualquer meio de reprodução animal ou vegetal, mesmo que desenvolvido em ambiente artificial ou sem necessidade de dependência de determinada porção de terra produtiva, por exemplo, como ocorre na piscicultura, na hidroponia, na aeroponia, na criação de embriões *in vitro*, bem como em diversas formas de criação intensiva de animais de pequeno porte¹².

Por seu turno, o argentino Antonino C. Vivanco desenvolveu estudos visando sistematizar as atividades não-agrárias que deveriam se agregar às atividades materialmente agrárias, quando houvesse ligação inevitável entre elas. Dessa forma, com a teoria da acessoriedade, o âmbito de atividades agrárias pôde ser cientificamente alargado, de modo a englobar atividades acessórias que, se exercidas autonomamente, não seriam agrárias.

Antonino C. Vivanco inicia sua teoria reconhecendo que o exercício da atividade agrária faz aparecer duas ordens de relações jurídicas: relações entre o homem e a reprodução agrobiológica, bem como relações entre os homens que atuam paralelamente à referida

excluídos da órbita agrária” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31-32).

12 *Vero che normalmente l'agricoltura viene tuttora svolta con la terra e sulla terra e richiede perciò, di regola, la presenza del fondo. Ma possiamo dire (con Cigarini) che accanto a questa agricoltura rimasta 'territoriale' o, forse meglio, 'fondiaria' – statisticamente prevalente – ne esiste un'altra, di importanza economica e sociale via crescente, che dovremo chiamare 'non territoriale' o 'non fondiaria', la quale prescinde dall'impiego della terra nel significato ricevuto da secoli, pura vendo in comune con le colture di tipo tradizionale lo sfruttamento dei medesimi meccanismi genetici e biologici di produzione” (CARROZZA, Antonio. *Lezioni di Diritto Agrario*. v. 1. Milano: Giuffrè editore, 1996, p. 17-18).*

reprodução agrobiológica. Destaque-se que Antonino C. Vivanco, provavelmente influenciado pela doutrina do seu contemporâneo e também argentino Rodolfo Ricardo Carrera, dá a entender que a terra seria imprescindível para a existência do processo de reprodução agrobiológica, senão veja-se:

A atividade agrária constitui uma forma de atividade humana destinada a viabilizar a produção da natureza orgânica, de vegetais e animais, com o fim de aproveitar seus frutos e produtos. Dita atividade gera relações entre o homem e a terra, bem como entre os mesmos homens que atuam em qualquer produção agropecuária. O primeiro tipo de relação implica no trabalho da terra (*latu sensu*); o segundo envolve a co-participação ativa daqueles que atuam em trabalhos vinculados com a produção agropecuária, em qualquer de suas forma ou modalidades.¹³

Assim, reconhece Antonino C. Vivanco que as relações que emergem da atividade agrária são de ordem econômica e social, as primeiras com vistas à produtividade agrária, as segundas levam em conta o tratamento especial da pessoa que se dedica ao exercício da atividade agrária no meio rural, haja vista a sua peculiar circunstância¹⁴.

Analisando as diversas relações jurídicas que nascem da atividade agrária, Antonino C. Vivanco apresenta alguns critérios para estabelecer os limites entre o que seja atividade agrária em contraposição com as atividades industriais e comerciais. Porém, após refutar os

13 Livre tradução do original: “*La actividad agraria constituye una forma de la actividad humana tendiente a hacer producir a la naturaleza orgánica, cierto tipo de vegetales y de animales con el fin de lograr el aprovechamiento de sus frutos y productos. Dicha actividad genera relaciones entre el hombre y el suelo y entre los mismos hombres que actúan en el quehacer agropecuario. El primer tipo de relación implica el trabajo de la tierra (latu sensu); el segundo supone la coparticipación activa de quienes actúan en trabajos vinculados con la producción agropecuaria, en cualesquiera de sus formas o modalidades*” (VIVANCO, Antonino C. *Teoría de Derecho Agrario*. v. 1. *La Plata*: Ediciones Librería Jurídica, 1975, p. 19).

14 *Ibid.*, p. 19.

critérios da necessidade, da prevalência, da autonomia, da normalidade e da ruralidade, Antonino C. Vivanco opta por eleger o critério da acessoriedade como o mais adequado para o mister de definição dos limites da atividade agrária, *in verbis*:

Para definir com precisão o limite entre a atividade agrária e a atividade industrial e comercial, é preciso adotar algum dos critérios enumerados. O mais claro e concludente resulta no da acessoriedade. Com efeito, a atividade agrária produtiva deve ser a que desempenha o papel principal dentro do âmbito agrário, enquanto as atividades transformadoras e comerciais constituem o acessório ou complemento daquela. Quando deixam de sê-lo e passam a desempenhar o papel fundamental, deixam de ser agrárias, para transformar-se em industriais ou comerciais.¹⁵

Aduz Antonino C. Vivanco que a submissão de atividades industriais e comerciais à regulamentação do Direito Agrário, em virtude da conexão de acessoriedade daquelas para com as atividades agrárias principais, tem grande importância, haja vista que o produtor agrário é extremamente dependente de um mercado com peculiaridades e tendências deveras imprevisíveis e mutantes.

Sendo assim, Antonino C. Vivanco justifica a necessidade de submissão de atividades industriais e comerciais acessórias ao mesmo regulamento da atividade agrária principal, visando propiciar uma regulação harmônica e coordenada em todo o processo agropecuário, *in verbis*:

15 Livre tradução do original: “Para definir con precisión el limite entre la actividad agraria y la actividad industrial y comercial, es preciso adoptar alguno de los criterios enumerados. El más claro y concluyente resulta el de la accesoriedad. En efecto, la actividad agraria productiva debe ser la que desempeña el papel principal dentro del ámbito rural, mientras que las actividades transformadoras y comerciales constituyen el accesorio o complemento de aquélla. Cuando dejan de serlo y pasan a desempeñar el papel fundamental, dejan de ser agrárias, para transformarse en industriales o comerciales” (VIVANCO, Antonino C. *Teoría de Derecho Agrario*. v. 1. *La Plata*: Ediciones Librería Jurídica, 1975, p. 21).

O assunto assume uma grande importância quando se observa que a comercialização e sua regulação jurídica (pública ou privada) exerce uma influência notável na atividade produtiva. De modo análogo sucede com a atividade transformadora. Isso se deve ao fato de o produtor cultivar os vegetais ou criar os animais cujos frutos lhe asseguram um ganho junto ao mercado, de maneira que quando, por algum motivo, se perturba a comercialização, os efeitos se deixam sentir de imediato na órbita produtiva. Se um produto agropecuário deixa de interessar às indústrias transformadoras, a demanda do produto reduz e seu preço abaixa. Isso desestimula o agricultor ou o pecuarista. É por esse motivo que a regulação jurídica da atividade agrária deve incluir em seu conteúdo as atividades conexas com o cultivo da terra, a fim de lograr uma regulação harmônica e coordenada, segundo princípios próprios e aplicáveis a todo o processo agropecuário (produtivo, transformador e comercial).¹⁶

Diante das três teorias clássicas acerca da atividade agrária, pode-se concluir que o melhor é compatibilizá-las. Assim sendo, teórica e abstratamente, atividade agrária seria aquela atividade de cultivo de vegetais ou criação de animais, dependente diretamente do ciclo biológico, iniciado por força da intervenção humana, mas cujos resultados não são totalmente controlados pelo homem; outrossim, também se inclui no conceito de atividade agrária todas as demais atividades que, desempenhadas pelo mesmo sujeito, são acessórias e vinculadas à atividade materialmente agrária (atividade principal).

16 Livre tradução do original: *“El asunto asume una gran importancia, cuando se observa que la comercialización y su regulación jurídica (pública o privada) ejerce una influencia notable en la actividad productiva. De modo análogo sucede con la actividad transformadora. Ello se debe a que el productor cultiva los vegetales o cría los animales cuyos frutos le aseguran una ganancia en el mercado, de manera que cuando por algún motivo, se perturba la comercialización, los efectos se dejan sentir de inmediato en la órbita productiva. Si un producto agropecuario deja de interesar a las industrias transformadoras, la demanda del producto decrece y su precio baja. Ello desalienta al agricultor o al ganadero. Es por ese motivo, que la regulación jurídica de la actividad agraria, debe incluir en su contenido a las actividades conexas con el cultivo de la tierra, a fin de lograr una regulación armónica y coordinada según principios propios y aplicables a todo el proceso agropecuario (produtivo, transformador y comercial)”* (Ibid., p. 21).

Contudo, na prática, o que prevalece é a definição normativa de atividade agrária, servindo as teorias clássicas como norte teórico prévio (antes da edição dos dispositivos normativos) e norte interpretativo (após a vigência dos dispositivos normativos), mormente porque “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”¹⁷. Destarte, mister se faz analisar o ordenamento jurídico brasileiro para aferir quais atividades são consideradas como atividades agrárias e recebem, assim, tratamento jurídico especial, na maioria das vezes advindo da submissão ao regime jurídico do Direito Agrário.

3. Atividade agrária na legislação brasileira.

No direito brasileiro há menção indireta às atividades agrárias na definição legal de *imóvel rural* (ou melhor: *imóvel agrário*¹⁸), contida no inc. I do art. 4º do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964)¹⁹, cuja redação foi levemente retocada e melhorada no inc. I do art. 4º, mas da Lei 8.629/1993²⁰. Segundo os referidos dispositivos legais, para

17 ÁVILA, Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.

18 “O imóvel chamado rural pela legislação agrária é precisamente o imóvel agrário, que encontra seu conceito legal no citado inc. I do art. 4º do Estatuto da Terra, atualizado, após a Constituição Federal de 1988, pelo coincidente inc. I do art. 4º da Lei 8.629/93, que o define como o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à atividade agrária” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 47).

19 BRASIL, Lei 4.504/1964, art. 4º: Para os efeitos desta Lei, definem-se: I – “Imóvel Rural”, o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada; [...].

20 BRASIL, Lei 4.504/1964, art. 4º, com redação da Lei 8.629/1993: Para os efeitos desta lei, conceituam-se: I – Imóvel Rural – o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial; [...].

que determinado imóvel seja considerado um *imóvel agrário*, independentemente de sua localização,²¹ necessário se faz que nele sejam exercidas, pelo menos potencialmente, as seguintes atividades agrárias: agricultura, pecuária, extrativismo vegetal e agroindústria. Independentemente da sua localização, é considerado imóvel rural aquele que tem vocação para servir de suporte ao desempenho de alguma atividade agrária.

Destaque-se que, para fins de incidência do Imposto Territorial Rural – ITR, o §2º do art. 1º da Lei 9.393/1996, na esteira da idéia contida no art. 29 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5.172/1966), adota definição distinta de imóvel rural, que não leva em conta a atividade que nele é exercida, mas sim a sua localização. Entretanto, a jurisprudência tem admitido, excepcionalmente, a incidência de ITR quando o imóvel, ainda que localizado em zona urbana, for destinado à exploração de alguma atividade agrária²².

Voltando à análise do conceito de *imóvel rural* (ou *imóvel agrário*) do Estatuto da Terra, praticamente repetido na Lei

21 “Se em plena cidade do Salvador, cercado de quarteirões residenciais, porventura existisse um sítio destinado ao plantio de mandioca, ele dotar-se-ia, certamente, da natureza agrária, considerando a sua dedicação à lavoura; e se, dentro dele, viesse a se ativar uma casa-de-farinha, tal unidade de especificação consubstanciaria uma indústria rural, desde que aderindo-se no caráter particular rurícola do estabelecimento de produção primária” (LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do Direito Agrário*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1981, p. 76). “A [...] expressão ‘qualquer que seja a sua localização’ é bem precisa. A localização na zona rural não é essencial para a caracterização do imóvel agrário. Um hotel-fazenda será rural, mas não agrário. Um terreno urbano onde se plantam hortaliças para venda no mercado será agrário, mas não rural. Ruralidade e agrariedade são campos distintos que quase sempre se cruzam e convivem num mesmo imóvel” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 49).

22 Veja, por exemplo, o seguinte julgado: “Ementa: TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 15 DO DL 57/1966. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966). 2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ” (BRASIL, STJ, Primeira Seção, *Diário de Justiça* 28.ago.2009, RESP 200900510886, Rel. Min. Herman Benjamin).

8.629/1993, percebe-se que nele foram elencadas, além das atividades materialmente agrárias, ligadas à agricultura e pecuária²³, também o extrativismo vegetal e a atividade *agro-industrial*.

Quanto ao extrativismo vegetal, mister se faz destacar que somente é considerado atividade agrária por força de previsão expressa em lei, haja vista que inexistente necessária intervenção humana no ciclo biológico que resulta nos produtos vegetais extraídos. Essa observação, contudo, não se faz necessária quando se trata de silvicultura, isto é, plantio e cultivo de espécies nativas para fins de extração e comercialização futura de produtos por elas gerados²⁴.

Outrossim, no que tange à atividade *agro-industrial*, há que se tomar cuidado com eventual interpretação literal que leve ao absurdo de se considerar como atividade agrária toda e qualquer atividade industrial que esteja ligada ou exista em função do setor primário da economia.

23 “A pecuária é o exercício rúrigeno de criação de animais, que devam ser objeto de uma avaliação econômica. Estes animais podem ser utilizados para montaria, tração, carga, etc.; podem se destinar a pronta alimentação – carnes e leite – ou, ainda, oferecer subprodutos necessários à confecção de gênero diferente, como vestimentas de couro, farinha de osso, lã. Segundo a compleição das alimárias, vamos a ver que a pecuária propriamente dita só abrange espécimes de grande e médio portes, já que as de pequeno porte fazem parte da exploração granjeira. Temos, assim, apenas bovinos, bubalinos, eqüinos, asininos e muares, como exemplos na pecuária de grande porte, e os suínos, ovinos e caprinos, na pecuária de médio porte” (LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do Direito Agrário*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1981, p. 69-70).

24 A silvicultura é atividade materialmente agrária e não se confunde com outras atividades que envolvem florestas ou espécimes vegetais nativas e, para as quais, não há intervenção humana no ciclo agrobiológico. Nesse sentido: “Quanto à atividade florestal, devem ser feitas algumas distinções. Será agrária a silvicultura, entendida como a plantação e o acompanhamento do desenvolvimento de florestas para a obtenção de certos produtos de origem vegetal, integrando a noção geral de agricultura. Assim, será agrária a plantação de uma floresta de eucaliptos para extração da madeira – matéria-prima destinada à produção industrial de papel. Também a plantação florestal de seringueiras para a extração do látex, utilizado em inúmeros produtos, desde sandálias até a borracha empregada nos pneus de nossos veículos. Não serão agrários, por outro lado: a) o extrativismo florestal, a simples coleta de frutos, sementes, folhas, madeira ou cascas de árvores; b) a mera conservação florestal, reitera-se, como a que existe nos parques e nas reservas” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 33).

Com efeito, os dispositivos legais *sub examinem*, apesar de fazerem menção genérica à atividade agroindustrial, tiveram o escopo estrito de que tal atividade fosse considerada atividade agrária tão-somente quando desempenhada acessoriamente com relação a alguma outra atividade agrária principal prevista nos mesmos dispositivos legais (agricultura, pecuária ou extrativismo vegetal) e desde que o mesmo sujeito fosse encarregado de exercer ambas atividades (principal e acessória)²⁵. Teleologicamente, essa é a interpretação restritiva que deve ser conferida, de modo a apenas qualificar como atividade agrária as explorações agroindustriais que sejam acessórias, mormente porque a interpretação jurídica não pode conduzir a conclusões absurdas²⁶, como seria o caso de reputar agrária qualquer atividade industrial simplesmente por utilizar matéria-prima de origem vegetal ou animal.

Dessa forma, “a atividade agroindustrial só será agrária na preponderância da atividade agrária sobre a industrial, de transformação dos produtos, dentro da unidade produtora”²⁷, aplicando-se aqui in-

25 Nesse sentido, Rafael Augusto de Mendonça Lima, ao definir a agroindústria, dispõe que “esta atividade caracteriza-se pela produção, permanente ou temporária, e a sua industrialização pelo produtor, como acontece, por exemplo, com o produtor de cana, que a transforma em álcool, açúcar, cachaça. Também é agroindústria o corte de árvores e o seu beneficiamento (serrarias). Outro exemplo que podemos dar, é a produção de charque, carne-seca ou carne-de-sol pelo produtor pecuarista; além dessa indústria, pode o produtor pecuário beneficiar as peles dos animais que cria, cria, engorda e abate” (LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Agrário*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 22). Por seu turno, Raymundo Laranjeira destaca que “mesmo aproveitando produtos rurais típicos, uma indústria é tão suscetível de ser classificada agrária como não sê-lo. Tudo está a depender da maneira com que se engate o vínculo entre a atividade de produção primária, que é rural, por essência, e a atividade de produção secundária, que é a industrial, propriamente dita” (LARANJEIRA, Raymundo. *Prope-dêutica do Direito Agrário*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1981, p. 73).

26 Utilizou-se aqui o argumento apagógico, que “também é conhecido como *reductio ad absurdum*, ou ainda *per absurdum*, ou simplesmente *ab absurdo*. [...] Em outras palavras, pelo argumento *ab absurdo*, parte-se de uma verdade e chega-se a uma falsidade. Tal seria o caso de quem, por exemplo, interpreta a letra da lei de tal forma que leva a consequências iníquas, deturpando o sentido da lei” (HENRIQUES, Antônio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 84-85).

27 REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 33.

interpretação baseada na clássica teoria da acessoriedade, cujo estudo foi desenvolvido pelo argentino Antonino C. Vivanco.

Contudo, como se disse, o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964) e a Lei 8.629/1993 buscaram conceituar legalmente o *imóvel agrário* e, assim, mencionaram algumas *atividades agrárias* apenas indiretamente.

Também elencando *atividades agrárias* de forma indireta, há o art. 3º da Lei 11.326/2006²⁸, que conceituou o *agricultor familiar* e *empreendedor familiar rural*, beneficiários de políticas públicas reguladas por aquele diploma legal. O agricultor familiar e o empreendedor familiar rural são pessoas economicamente hipossuficientes e que desempenham atividades agrárias por conta própria, isto é, sem

28 BRASIL, Lei 11.326/2006, art. 3º: Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: I – não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais; II – utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; III – tenha renda familiar predominantemente originada de atividades econômicas vinculadas ao próprio estabelecimento ou empreendimento; IV – dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família. § 1º O disposto no inciso I do *caput* deste artigo não se aplica quando se tratar de condomínio rural ou outras formas coletivas de propriedade, desde que a fração ideal por proprietário não ultrapasse 4 (quatro) módulos fiscais. § 2º São também beneficiários desta Lei: I – silvicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o *caput* deste artigo, cultivem florestas nativas ou exóticas e que promovam o manejo sustentável daqueles ambientes; II – aqüicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o *caput* deste artigo e explorem reservatórios hídricos com superfície total de até 2ha (dois hectares) ou ocupem até 500m³ (quinhentos metros cúbicos) de água, quando a exploração se efetivar em tanques-rede; III – extrativistas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo e exerçam essa atividade artesanalmente no meio rural, excluídos os garimpeiros e fiscoadores; IV – pescadores que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos I, II, III e IV do *caput* deste artigo e exerçam a atividade pesqueira artesanalmente. § 3º O Conselho Monetário Nacional – CMN pode estabelecer critérios e condições adicionais de enquadramento para fins de acesso às linhas de crédito destinadas aos agricultores familiares, de forma a contemplar as especificidades dos seus diferentes segmentos. § 4º Podem ser criadas linhas de crédito destinadas às cooperativas e associações que atendam a percentuais mínimos de agricultores familiares em seu quadro de cooperados ou associados e de matéria-prima beneficiada, processada ou comercializada oriunda desses agricultores, conforme disposto pelo CMN.

subordinação. Para aferir a referida hipossuficiência econômica, o art. 3º da Lei 11.326/2006 apresenta diversos requisitos e, dentre eles, elenca taxativamente determinadas atividades.

Por seu turno, relacionando *atividades agrárias* de forma direta, há o art. 2º da Lei 8.023/1990 e o art. 1º da Lei 8.171/1991²⁹. Esse último dispositivo legal, porém, conceituou a *atividade agrária* (chamada de *atividade agrícola*) tão somente para os fins da própria Lei 8.171/91, isto é, com serventia exclusiva para questões envolvendo política agrícola.

Já a conceituação de *atividade agrária* do art. 2º da Lei 8.023/1990 (nominada de *atividade rural*) é genérica, sendo aplicável a diversas outras situações, além de servir para fins de aferição do âmbito de incidência do regime diferenciado de apuração e pagamento do imposto de renda com relação às atividades agrárias principais – objeto tributário geral da Lei 8.023/1990.

Perceba-se que o legislador não restringiu a amplitude do conceito de *atividade agrária* contido no art. 2º da Lei 8.023/1990, pois nele não há menção no sentido de que suas definições são exclusivas *para fins tributários* ou *para os efeitos desta lei* – esta última, a forma de restrição contida, por exemplo, no art. 4º, inc. I, do Estatuto da Terra, no art. 4º, inc. I, da Lei 8.629/1993, no art. 1º da Lei 8.171/1991, bem como no art. 3º da Lei 11.326/2006.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o art. 2º da Lei 8.023/1990, com redação que lhe foi dada pela Lei 9.250/1995, é o único dispositivo legal no direito brasileiro que apresenta, de maneira direta e ge-

29 BRASIL, Lei 8.171/1991, art. 1º: Esta lei fixa os fundamentos, define os objetivos e as competências institucionais, prevê os recursos e estabelece as ações e instrumentos da política agrícola, relativamente às atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, entende-se por atividade agrícola a produção, o processamento e a comercialização dos produtos, subprodutos e derivados, serviços e insumos agrícolas, pecuários, pesqueiros e florestais.

nérica, um amplo rol de atividades agrárias, apesar de mencionar a censurável expressão *atividade rural*, em vez de *atividade agrária*, senão veja-se:

Art. 2º Considera-se atividade rural:

I – a agricultura;

II – a pecuária;

III – a extração e a exploração vegetal e animal;

IV – a exploração da apicultura, avicultura, cunicultura, suinocultura, sericicultura, piscicultura e outras culturas animais;

V – a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas a composição e as características do produto *in natura*, feita pelo próprio agricultor ou criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como a pasteurização e o acondicionamento do leite, assim como o mel e o suco de laranja, acondicionados em embalagem de apresentação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à mera intermediação de animais e de produtos agrícolas.

Analisando o art. 2º da Lei 8.023/1990, infere-se que há discriminação minuciosa do rol das atividades agrárias principais, ligadas ao setor primário da economia, mas não se previu a agroindústria (setor secundário da economia³⁰) ou outras atividades agrárias aces-

30 *El sector secundario comprende la industria, como actividad que transforma materias primas y productos semielaborados en otros bienes. Desde el acero a los electrodomésticos, desde los laboratorios farmacéuticos a la construcción naval, el sector secundario se caracteriza por un alejamiento relativo de la naturaleza, si lo comparamos con el sector primario. La industria prescinde casi por completo de los factores naturales. Las fábricas trabajan esencialmente con el capital físico (máquinas, naves de taller, etc.) y capital humano (tecnología). Solo requieren unas dosis reducidas del factor tierra (solares), cuyo precio no depende apenas de sus condiciones naturales, sino de la situación urbanística. Dentro del sector secundario, la industria alimentaria se encarga de elaborar las cosechas, productos ganaderos y productos pesqueros, desde sus formas brutas (o em fresco), hasta conseguir bienes de consumo inmediato para las familias. Estos bienes (alimentos transformados) tienen la ventaja de su superior valor nutritivo, control sanitario, calidad organoléptica, capacidad de conservación y facilidad de cocinado*

sórias, relacionada com o transporte e o comércio (setor terciário da economia³¹).

Destaque-se que, quanto às atividades agrárias principais, o art. 2º da Lei 8.023/1990 não se ateve somente àquelas que dependem de um imóvel com vocação agrária, que seja fornecedor de terra fértil, para serem exercidas. Houve previsão também das atividades de extrativismo animal, a exemplo da caça e da pesca (inc. III) e, ainda, de toda e qualquer espécie de criação e cultura de animais (inc. IV), como a apicultura, a avicultura, a cunicultura, a suinocultura, a sericultura, a piscicultura etc.

Nitidamente, o art. 2º da Lei 8.023/1990 tomou por base a teoria da agrariedade do italiano Antonio Carrozza, considerando como atividade agrária a produção que depende de um ciclo biológico levado a cabo pela intervenção humana, intervenção esta que, contudo, não é capaz de extirpar completamente o correlato risco natural. Ocorre que referido dispositivo legal foi além, pois admitiu que atividades extrativas, para cujo início do ciclo biológico a intervenção humana não é necessária, também fossem consideradas atividades agrárias por força de lei.

(platós preparados y semipreparados). Una abrumadora mayoría de los alimentos que se consumen en los países ricos provienen de la industria. Las excepciones (frutas, verduras y pescados frescos, legumbres secas) no sólo representan porcentajes cada vez menores sobre el total (transformación de verduras frescas en congeladas, por ejemplo), sino que la misma materia prima se tiende a producir industrialmente (invernaderos, piscifactorías)” (BALLESTERO, Enrique. Economía de la empresa agraria e alimentaria. 2. ed. Bilbao: Ediciones Mundi-Prensa, 2000, p. 21-22).

31 *El sector terciario agrupa los servicios. La producción de servicios cubre una enorme variedad de actividades: transporte, hostelería y turismo, comunicaciones, banca y seguros, enseñanza, sanidad, despachos profesionales, etc. El comercio, em sus diversas ramas, así como la Administración pública pertenecen a este sector. Los servicios se producen mediante aportaciones de capital físico (ferrocarriles, aviones, computadoras y equipos ofimáticos, construcciones hoteleras, hospitalares, carreteras, etc.), capital humano (tecnología) y, más raramente, factores naturales, que sólo tienen importancia en el subsector turismo (playas soleadas, montañas) y en el transporte (puertos, climas templados para evitar el riesgo de bloqueo en las vías de comunicación). Pero la moderna tecnología y la acumulación de capital físico han allanado los hándicaps naturales que pesaban sobre el transporte” (Ibid., p. 22).*

Essa opção legislativa é louvável, haja vista que no Brasil, país de dimensões continentais, ainda há vasta cobertura vegetal natural (ao contrário da realidade verificada, por exemplo, nos países da Europa) e, socialmente, há várias famílias que tiram da extração, vegetal e animal, o seu sustento. O extrativismo vegetal e animal não é uma atividade materialmente agrária, uma vez que a intervenção humana no ciclo biológico produtivo não se faz necessária. No entanto, é uma atividade agrária por força de equiparação legal, baseada nos fatos sociais indicados. Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka defende que, no Brasil, o extrativismo é uma atividade agrária principal (e não meramente acessória), *ipsis litteris*:

O extrativismo é a atividade desempenhada pelo rurícola ou extrator, consistente na simples coleta, recolhida, extração ou captura de produtos do reino animal e vegetal, espontaneamente gerados e em cujo ciclo biológico não houve intervenção humana.

[...]

Apesar de não haver uma interferência direta do homem nos momentos antecedentes à germinação ou ao nascimento, nem mesmo nos momentos subseqüentes de todo o ciclo biológico de maturação do produto ou do animal, a mera atividade de extração ou captura há de ser considerada agrária, já que se trata, de qualquer forma, de uma produção da terra, do agro de caráter indiscutivelmente rural. Em termos de Brasil, dada a sua densa cobertura florestal e, nela, a imensa gama de produtos de natureza extrativa, o exame do extrativismo ganha importância e proporção, justificando-se pelo lugar que ocupou, e ainda hoje ocupa, apesar do visível declínio, na economia nacional.³²

Mister ressaltar, ademais, a opinião de Raymundo Laranjeira, externada na conferência *O Extrativismo como Atividade Agrária: sua ponte entre a tradição e a modernidade*, proferida em

32 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O extrativismo no Direito Agrário brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Ferandes Noaves. *Atividade agrária e a proteção ambiental: simbiose possível*. São Paulo: Cultural Paulista, 1997.

06/10/1992, no II Congresso Mundial de Direito Agrário, em Guanacaste – Costa Rica (não publicada), no sentido de que a inclusão legal do extrativismo, mormente do vegetal, como atividade agrária principal, somente se faz coerente nas regiões onde há vasta cobertura vegetal natural que, dada a sua concentração, admita o referido extrativismo, sem sérias implicações ambientais, *in verbis*:

É claro que o extrativismo, como atividade essencial agrária, deve ser concebido como tal somente em regiões nas quais exista um grande *continuum* de cobertura arbórea ou uma grande massa de vegetação natural, mais ou menos concentrada em determinados locais, posto que a conseqüente grandiosidade das reservas genéticas é que será o fator de boas perspectivas para esse tipo de atividade produtiva. Assim é que poderá ganhar foros simples de uma tarefa sobressalente no agro, sem aquela característica de simples atividade complementar, a que certa doutrina costumou relegá-la.³³

Destaque-se que o art. 59 da Lei 9.430/1996³⁴, diretamente, também elencou como *atividade rural* a silvicultura ou o “cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização”. Nesse caso, contudo, não se trata de atividade de extrativismo vegetal, mas sim de verdadeira atividade agrícola, pois há intervenção humana no ciclo biológico da vegetação florestal. Logo, a silvicultura é uma atividade materialmente agrária que já havia sido referida no inc. I do art. 2º da Lei 8.023/1990 (*agricultura*), tendo o art. 59 da Lei 9.430/1996 o escopo de tão-somente aclarar que referida atividade é igualmente uma *atividade rural*.

O extrativismo mineral, em que pese ser explorado economicamente e situar-se também no setor primário da economia, correta-

33 LARANJEIRA, Raymundo *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O extrativismo como atividade agrária. In: LARANJEIRA, Raymundo (coord.). *Direito Agrário brasileiro*. São Paulo: LTR, 2000, p. 86.

34 BRASIL, Lei 9.430/1996, art. 59: Considera-se, também, como atividade rural o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização.

mente, não foi considerado atividade agrária por força de lei, haja vista que os produtos minerais não são renováveis em virtude de um processo biológico. É certo que o extrativismo vegetal e animal, pelo menos, são semelhantes às atividades materialmente agrárias de cultivo de vegetais e criação de animais, em virtude do ciclo biológico existente em todas elas. No entanto, não existe tal semelhança no que tange ao extrativismo mineral de produtos não-renováveis, como ocorre no “labor da cata ou extração de minérios ou da captação de energia, como o cavucar de u’a mina em uma fazenda, ou a obtenção de eletricidade a partir duma queda d’água no imóvel”³⁵.

Outrossim, também alargando a concepção da teoria da agrariedade, o inc. V do art. 2º da Lei 8.023/1990 admite o enquadramento da atividade de transformação do produto vegetal ou animal como atividade agrária principal (e não acessória, como a agroindústria). *In casu*, o legislador utilizou como critério o que, doutrinariamente, o economista espanhol Enrique Ballesteros chama de *alimentos originários* e que serve para conceituar e identificar as atividades agrárias principais e, conseqüentemente, também a empresa agrária:

Atividade agrária (ou empresa agrária) é qualquer processo organizado, no meio rural, destinado a produzir alimentos originários e matérias-primas vegetais ou animais.

Ao analisar esta definição, encontramos uma ambigüidade que convém aclarar. O que se entende por alimentos “originários”? Sem contornos, tais alimentos são aqueles que são obtidos pelos cultivos e exploração pecuária, antes que sofram transformações artificiais ou manipulações. O leite, tal como produzido em uma granja industrial de gado bovino, é um alimento originário até que seja processado nas centrais leiteiras. Até então, é um produto agrário, ainda que provenha de uma agroindústria. Mas também se pode considerar como alimentos “originários”, por respeito à tradição, o vinho, o queijo, o azeite de oliva e outros transformados agroindustriais, que se fabricam no

35 LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do Direito Agrário*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1981, p. 67.

meio rural, ao estilo campesino e seguindo uma antiga linha de junção com a exploração da natureza.³⁶

Consequentemente, nos termos do inc. V do art. 2º da Lei 8.023/1990, não configuram procedimento industrial (ou agroindustrial), mas integram o setor primário da economia: as pequenas transformações imprimidas nos produtos agrícolas e pecuários, sem lhes alterar a composição ou as características *in natura*, desde que feitas pelo próprio produtor agrário, valendo-se para tanto, no máximo, de equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades agrárias, com utilização exclusiva de matéria-prima oriunda do mesmo estabelecimento agrário, tais como na pasteurização e no acondicionamento do leite, assim como do mel e do suco de laranja, acondicionados em embalagem de apresentação.³⁷

Apesar de óbvio, o parágrafo único do art. 2º da Lei 8.023/1990 ainda esclarece que a mera intermediação de produtos de

36 Livre tradução do original: “[...] se llama actividad agraria (o empresa agraria) a cualquier proceso organizado, en el medio rural, para producir alimentos originarios y materia primas vegetales o animales. Al analizar esta [...] definición [...] encontramos una ambigüedad que conviene aclarar. ¿Qué se entiende por alimentos ‘originarios’? Desde luego, aquellos que se obtienen de los cultivos y de la explotación pecuaria, antes de que sufran transformaciones artificiales o manipulaciones. La leche, tal como se produce en una granja industrial de ganado vacuno, es un alimento originario hasta que se procesa en las centrales lecheras. Hasta entonces es un producto agrario, aunque provenga de una agrofactoría. Pero también se pueden considerar como alimentos ‘originarios’, por respeto a la tradición, el vino, el queso, el aceite de oliva y otros transformados agroindustriales, que se fabrican en el medio rural, al estilo campesino y siguiendo una antigua línea de entronque con la explotación de la naturaleza” (BALLESTERO, Enrique. *Economía de la empresa agraria e alimentaria*. 2. ed. Bilbao: Ediciones MundiPrensa, 2000, p. 23).

37 Essa definição de atividade transformadora que não configura industrialização era tida pelos ultrapassados §§ 3º a 5º, do Decreto 73.626/1974, como agroindustrialização propriamente dita, contudo, essa idéia deve ser abandonada por completo, haja vista que “tal conceito se mostra restritivo na atualidade perante a moderna doutrina e a teoria do agronegócio, pois o processamento supera o beneficiamento primário” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. A agroindústria no sistema empresarial e na teoria do agronegócio. In: ZIBETTI, Darcy Walmor; BARROSO, Lucas Abreu (org.). *Agroindústria: uma análise no contexto socioeconômico e jurídico brasileiro*. São Paulo: Leud, 2009, p. 159).

origem agrícola ou animal não constitui atividade agrária principal, haja vista que tal atividade é tipicamente comercial. *In casu*, não há produção agrária, mas tão-somente especulação sobre produtos agrários.

4. Empresa Agrária: A “atividade rural” como principal profissão.

No direito brasileiro, o art. 971 do Código Civil é o cerne organizativo da empresa agrária e foi inspirado no § 3 do Código de Comércio alemão de 1897 (*Handelsgesetzbuch* – HGB). Referido art. 971 confere tratamento *sui generis* àquele que exerce empresa agrária, já que sua submissão ou não ao regime do Direito de Empresa brasileiro é facultativa. A mesma faculdade é conferida às sociedades empresárias pelo art. 984, também do Código Civil. Contudo, tais dispositivos do Código Civil brasileiro diferenciam-se do dispositivo alemão porque não trazem listadas as atividades principais que qualificam a empresa como sendo agrária.

Como se viu, o art. 2º da Lei 8.023/1990 é o único dispositivo na legislação brasileira que apresenta uma definição direta e genérica das atividades agrárias (apesar da referência à *atividade rural*) e, dessa forma, impõe interpretação legislativa ou autêntica³⁸ da expressão *atividade rural* do art. 971 do Código Civil.

38 Não se ignora as críticas à utilização da expressão *interpretação legislativa* ou *autêntica*, porém será utilizada no presente trabalho por trazer consigo inegável didática jurídica. Sobre as citadas críticas, importante transcrever os ensinamentos de Carlos Maximiliano: “Rigorosamente só a doutrinal merece o nome de interpretação, no sentido técnico do vocábulo; porque esta deve ser, na essência, um ato livre do intelecto humano. Divide-se em judiciária ou usual, e doutrinal propriamente dita, privada ou científica, ambas obtidas pelos mesmos processos e resultantes da aplicação das mesmas regras. A primeira origina-se nos tribunais, a segunda é o produto das lucubrações dos particulares, das pesquisas dos eruditos – *communis opinio doctorum*. Uma e outra adquirem grande prestígio quando uniformes, duradouras, e confirmadas ou defendidas por juristas de valor, com assento no pretório, ou brilhantes advogados, catedráticos, escritores” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 76-77).

É que o art. 971 do Código Civil brasileiro deixou em aberto a conceituação do que seja *atividade rural*, bem como *principal profissão*. Não raro, ambas expressões vêm recebendo interpretações sem cientificidade, uma vez que muitos são os doutrinadores que sequer enfrentam a questão do real significado jurídico de tais expressões³⁹.

Com relação à expressão *atividade rural*, esta não pode ser interpretada gramaticalmente, sob pena de se chegar à absurda conclusão de que determinada empresa, pelo simples fato de ter seu estabelecimento situado no perímetro rural (não-urbano), receberia tratamento jurídico distinto, haja vista que o adjetivo *rural* traz a idéia de localidade não-urbana, não se referindo propriamente à atividade desenvolvida no estabelecimento.

Como é a atividade agrária, *de per si*, o fator diferencial da empresa agrária, independentemente do local do seu exercício (pode ser exercida também no perímetro urbano, ainda que tradicional e

39 Na doutrina empresarialista ou comercialista, poucos são os que enfrentam a questão da verdadeira definição da expressão “atividade rural” contida no art. 971 do Código Civil, sendo que os que o fizeram parecem não terem se valido, cientificamente, das teorias sobre a atividade agrária ou sobre a definição legal de “atividade rural” contida no art. 2º da Lei 8.023/90, senão vejam-se dois exemplos: “No âmbito específico do Direito Empresarial e – mais – da previsão de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, bem como facultatividade na inscrição da empresa, disposta no artigo 971, é preciso cuidado com a interpretação do adjetivo rural, evitando-se ampliá-lo em demasia. A meu ver, refere-se especificamente às atividades de agricultura, extrativismo vegetal e criação animal, esta última tomada em sentido amplo, a incluir qualquer espécime (bois, porcos, aves em sentido amplo, peixes e até insetos, a exemplo de abelhas e bichos-da-seda), para corte, extração de subprodutos (leite, ovos, pele, mel etc.). Não alcança outras atividades, ainda que exercidas fora do ambiente urbano, a exemplo da extração mineral” (MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. V.1. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103). “Atividade econômica rural é a explorada normalmente fora da cidade. Certas atividades produtivas não são costumeiramente exploradas em meio urbano, por razões de diversas ordens (materiais, culturais, econômicas ou jurídicas). São rurais, por exemplo, as atividades econômicas de plantação de vegetais destinadas a alimentos, fonte energética ou matéria-prima (agricultura, reflorestamento), a criação de animais para abate, reprodução, competição ou lazer (pecuária, suinocultura, granja, equinocultura) e o extrativismo vegetal (corte de árvores), animal (caça e pesca) e mineral (mineradoras, garimpo)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 10. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75).

majoritariamente seja exercida na zona rural), há que se afastar a interpretação gramatical da expressão *atividade rural*, pois o legislador objetivou, sem sombra de dúvida, referir-se à *atividade agrária* tendo em vista as suas peculiaridades, principalmente a submissão ao ciclo biológico e ao correlato risco econômico.

De mais a mais, tudo indica que o legislador optou pela expressão *atividade rural* visando facilitar a sua interpretação, haja vista que o art. 2º da Lei 8.023/1990 já havia se encarregado de elencar, bem antes da vigência do Código Civil, todas as atividades agrárias principais admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro – e o fez como espécies do gênero *atividade rural*.

Para manter a nomenclatura já difundida na legislação brasileira, mesmo sendo criticável doutrinariamente, foi que optou o legislador por utilizar a expressão *atividade rural*, em vez de *atividade agrária*. É diante dessa conjuntura legal que se pode afirmar que o art. 2º da Lei 8.023/1990 é responsável por realizar uma interpretação autêntica ou legislativa da expressão *atividade rural* contida no art. 971 do Código Civil.

Na maioria das vezes, a lei interpretadora é posterior à lei interpretada. Entretanto, para a configuração da interpretação autêntica ou legislativa é necessário simplesmente que a interpretação provenha do mesmo órgão que editou a lei interpretadora, bem como a interpretada. Nesse sentido, são as lições de Carlos Maximiliano, *ipsis litteris*:

A interpretação é uma só. Entretanto se lhe atribuem várias denominações conforme o órgão de que procede; ou se origina em uma fonte jurídica, o que lhe dá força coativa; ou se apresenta como um produto livre da reflexão. Chamam-lhe autêntica, no primeiro caso; doutrinal no segundo. Aquela domina pela autoridade, esta pelo convencimento; uma vincula o juiz, tem a outra um valor persuasivo. Denomina-se autêntica a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara. Portanto, só

uma Assembléia Constituinte fornece a exegese obrigatória do estatuto supremo; as Câmaras, a da lei em geral, e o Executivo, dos regulamentos, avisos, instruções e portarias.⁴⁰

Logo, apesar de o Código Civil (Lei 10.406/2002) ter sido editado posteriormente à Lei 8.023/1990, como o art. 2º desta última lei é taxativo ao interpretar a expressão *atividade rural* contida no art. 971 daquele código, dúvida não há quanto a se tratar de evidente interpretação legislativa ou autêntica. De mais a mais, essa conclusão não é cega e está de acordo com os ditames modernos do Direito Agrário – ramo jurídico que tem a empresa agrária, referida indiretamente no art. 971 do Código Civil, como sendo o seu principal instituto jurídico.

Dessa forma, com base em interpretação legislativa ou autêntica, tem-se que a atividade agrária principal poderá ser qualquer das atividades elencadas no rol apresentado pelo art. 2º da Lei 8.023/1990. Em outras palavras, salvo em virtude de expressa disposição legal, outras atividades não podem ser tidas como atividade agrária principal e, dessa forma, também não caracterizam empresa agrária, em que pese deterem eventual relevância sócio-econômica.

In casu, há que se aplicar o princípio da legalidade estrita, de modo a somente se considerar atividade agrária principal o que for expressamente reconhecido como tal por lei. Sem edição de lei específica, não há como alargar o rol de atividades agrárias principais do art. 2º da Lei 8.023/1990, haja vista que a disciplina da empresa agrária, prevista pelo art. 971 do Código Civil e em todo o Direito Agrário, é especial e excepcional em relação ao regramento das demais empresas e outras atividades econômicas comuns.

É aplicável, assim, o preceito interpretativo clássico de que “interpretam-se as exceções estritissimamente” (em latim: *exceptio-*

40 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 71.

nes sunt strictissimoe interpretationis)⁴¹, principalmente porque “consideram-se excepcionais as disposições que asseguram privilégio”⁴², como é o caso das disposições específicas da empresa agrária, cujo regime jurídico é diferenciado, especialmente em face do Direito Civil e do Direito de Empresa⁴³.

Determinada a interpretação da expressão *atividade rural*, faz-se mister passar à análise da expressão *principal profissão*, também mencionada no art. 971 do Código Civil e que igualmente demanda cuidado em sua interpretação, que deve se basear nas lições do Direito Agrário.

Analisando a questão ora posta, ainda quando estava em tramitação o anteprojeto que resultou no Código Civil de 2002, Waldírio Bulgarelli assim externou: “certamente, que não passará incólume, sem interpretações contraditórias, a expressão ‘principal profissão’, que bem poderia ter sido dispensada”⁴⁴. Contudo, ao contrário do que vislumbrou aquele ilustre doutrinador, a expressão *principal profissão* é de suma importância para aferir a completude da empresa agrária, devendo ser bem compreendida em cotejo com a clássica teoria da acessoriedade, cujo estudo foi aprofundado pelo agrarista argentino Antonino C. Vivanco.

41 É que, “as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 184-185).

42 *Ibid.*, 2005, p. 189.

43 Em sentido contrário: “Na verdade, é urgente a necessidade de o Brasil elaborar sua própria teoria de classificação da atividade como rural, com critérios condizentes com a realidade agrária pátria e superando a atual técnica legislativa de elencar quais atividades o legislador entende como rurais. Essa nova teoria deve ser capaz de albergar as novas tendências de atividades rurais manifestadas no país” (SCARDOELLI, Dimas Yamada. A atividade rural brasileira: análise das bases de uma teoria contemporânea de classificação. In: BARROSO, Lucas Abreu; MANGLIA Elisabete; MIRANDA, Alcir Gursen de (coord.). *A lei agrária nova*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47).

44 BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise crítica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 433.

Nessa toada, é preciso ressaltar que o art. 971 do Código Civil, ao utilizar a expressão *principal profissão*, não teve por foco comparar a *atividade rural* (ou agrária) com outras atividades externas à empresa agrária. Há que se interpretar a expressão *principal profissão* tão-somente dentro do complexo de uma própria e específica empresa agrária⁴⁵, e não comparando essa com outras atividades econômico-empresariais que, eventualmente, possam ser exercidas pelo mesmo sujeito em outro contexto. Fixada essa premissa, mister analisar as relações entre as diversas atividades que fazem parte do complexo da empresa agrária.

A expressão *principal profissão* quer indicar que, no contexto da empresa agrária, existem atividades agrárias principais e outras que são acessórias. Com efeito, se o legislador definiu que existe uma *principal profissão* é porque, conseqüentemente, por questão de lógica, também pode haver *profissão acessória* no âmbito da empresa agrária.

Conforme já visto, as atividades agrárias principais foram taxativamente fixadas no art. 2º da Lei 8.023/1990, e são aquelas que efetivamente qualificam determinada empresa como sendo agrária. Por seu turno, não há enumeração legal, taxativa ou exemplificativa, determinando quais são as atividades agrárias acessórias, seja no art. 971 do Código Civil ou em outro diploma normativo.

Analisando o complexo de atividades da empresa agrária, pode haver atividades empresariais que, na essência e se consideradas autonomamente, seriam qualificadas como uma empresa não-agrária. Essas atividades, entretanto, quando são exercidas com o escopo de dar suporte de meio para o desempenho e êxito das ativida-

45 Idêntica observação é constantemente feita pela doutrina ao analisar o art. 2.135 do *Codice Civile* italiano: “*La connessione tra attività agricole e attività non agricole è rilevante solo nell'interno dell'impresa stessa*” (NICOLINI, Giovanni. *Diritto Agrario*. 3 ed. Parma: CEDAM – Padova, 1976, p. 22).

des agrárias principais, acabam perdendo a sua feição empresarial genérica e, conseqüentemente, são atraídas por acessoriedade à empresa agrária.

Contudo, há limites para aferir se determinada atividade não-agrária é acessória ou não, analisando exclusivamente o âmbito de uma empresa agrária. E assim deve sê-lo, pois se determinada atividade empresária for acessória de uma atividade agrária principal, receberá o mesmo tratamento jurídico peculiar da empresa agrária, afinal de contas “o acessório segue o principal” (em latim: *accessorium sequitur principale*). Comumente, a doutrina internacional tem exigido o preenchimento de dois requisitos⁴⁶ para a configuração da atividade agrária acessória: o vínculo subjetivo e o vínculo objetivo⁴⁷.

O vínculo subjetivo impõe que a atividade agrária principal e a atividade agrária acessória sejam desempenhadas por um mesmo sujeito ou empresário agrário. Por seu turno, o vínculo objetivo prega que haja uma vinculação de natureza econômico-funcional⁴⁸ entre ambas atividades, de modo que esta última seja desempenhada para dar suporte, viabilidade, continuidade e complementaridade àquela. Sobre o tema, vejam-se as lições do costarriquenho Ricardo Zeledón Zeledón, que nomeia de conexas as atividades agrárias acessórias:

As atividades conexas são aquelas realizadas sempre pelo empresário agrário. Não são principais, mas sim vinculadas, através de critérios específi-

46 “Se trata, desde luego, de actividades límite, en cuanto pueden resultar típicamente industriales o comerciales si las realiza em forma Independiente, y dentro del giro de su actividad, un industrial o un comerciante. Pero si éstas son cumplidas por el productor en conexión con su proceso se entienden agrarias” (ZELEDÓN, Ricardo. *Derecho Agrario contemporáneo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 214).

47 *È opinione comune che il fenomeno in oggetto debba rispondere ad un duplice requisito, soggettivo ed oggettivo*” (BUCCIANTE, Alfredo. *Lezioni di Diritto Agrario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 61).

48 SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 85.

cos. Segundo ela, a transformação, industrialização ou comercialização em forma isolada, indubitavelmente, entrarão dentro do âmbito industrial ou comercial. São consideradas agrárias por vinculação subjetiva com o empresário, mas sobretudo porque são realizadas dentro do mesmo processo produtivo, iniciado por ele. Nesse sentido, não seriam atividades agrárias as atividades de transformação – tal como a de conversão de leite em queijo, de tomate em salsa, de uva em vinho, ou de azeitona em azeite – se o sujeito transformador resulta distinto do produtor; assim como a industrialização ou agroindústria, bem como porque o produto é vendido ao industrializador ou porque, dentro do respectivo contrato agroindustrial, o produtor não está presente nesse processo; o também se a alienação ou comercialização são encarregadas a outro sujeito distinto do produtor.⁴⁹

No mesmo sentido, também nominando de conexas as atividades agrárias acessórias, o agrarista argentino Fernando P. Brebbia ensina:

A doutrina exige que na conexão exista um elemento subjetivo e outro objetivo. Naturalmente, a conexão subjetiva obriga que seja o titular da empresa agrária seja o mesmo que realize as operações de industrialização e comercialização, pois resulta claro que não tem natureza agrária a transformação ou venda, por exemplo, de vinho feito

49 Livre tradução do original: *“Las actividades conexas son aquellas realizadas siempre por el empresario agrícola. No son principales pero sí vinculadas, a través de criterios específicos, a ella, pues si se toma a la transformación, industrialización o comercialización en forma aislada indudablemente entrarán dentro del ámbito industrial o comercial. Son consideradas agrarias por la vinculación subjetiva con el empresario, pero sobre todo porque son realizadas dentro del mismo proceso productivo iniciado por él. En este sentido serían excluidas como agrarias las actividades de transformación – tal es el caso de la conversión de leche en queso, de tomate en salsa, de vid en vino, o de olivo en aceite – si el sujeto transformador resulta distinto del productor; así como la industrialización o agroindustria, ya sea porque el producto es vendido al industrializador o porque dentro del contrato agroindustrial respectivo el productor no está presente en ese proceso; o bien la enajenación o comercialización si éstas son encargadas a otro sujeto distinto del productor”* (ZELEDÓN, Ricardo. *Derecho Agrario contemporáneo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 214).

de uva adquirida de terceiros. Ademais, é mister uma conexão objetiva, isto é, uma ligação econômica entre uma e outra atividade por meio da qual a atividade não-agrária intrinsecamente se apresenta como acessória acerca da atividade agrária, e esta relação de acessoriedade há que ser direta, simples e conforme os usos do agrário.⁵⁰

Dessa forma, a acessoriedade na atividade agrária, que permite que uma atividade empresarial não-agrária receba o mesmo tratamento das atividades agrárias principais ou próprias, requer o preenchimento concomitante dos dois requisitos essenciais: vinculação subjetiva e objetiva.

Eventualmente, o legislador brasileiro poderia impor que determinada atividade empresarial fosse, *ope legis*, enquadrada como atividade agrária acessória, ainda que não preenchesse os dois requisitos supra, por exemplo, como o fez o legislador italiano com relação ao agroturismo, legalmente declarado atividade agrária conexa na Itália⁵¹. Ocorre que, semelhante enquadramento legal inexistente na legislação brasileira com relação às atividades agrárias acessórias.

Destarte, o leque de atividades agrárias acessórias deve restringir-se àquelas desempenhadas acessoriamente a uma atividade agrária principal, cumprindo os dois requisitos imprescindíveis acima

50 Livre tradução do original: *“La doctrina exige que en la conexión exista un elemento subjetivo y otro objetivo. Naturalmente que la conexión subjetiva obliga a que sea el mismo titular de la empresa agraria el que realice las operaciones de industrialización y comercialización, pues resulta clara que no tiene naturaleza agraria la transformación y venta, por ejemplo, de vino hecho con uvas adquiridas de terceros. Además, es menester una conexión objetiva, esto es un ligamen económico entre una y otra actividad por efecto del cual la actividad no agraria intrínsecamente se presenta como accesoria respecto de la actividad agraria, y esta relación de accesoión há de ser directa, simple y conforme con los usos de la agricultura”* (BREBBIA, Fernando P. *Manual de Derecho Agrario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 87).

51 *“Con legge del 5/12/85 n. 730 il legislatore há inoltre tipizzato come attività connessa a quelle principali l’agriturismo, che consiste nel dare ‘ricezione e ospitalità’ a terzi nell’ambito della impresa agricola”* (BUCCIANTE, Alfredo. *Lezioni di Diritto Agrario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 47).

destacados: vínculo subjetivo e objetivo. Apenas nessa hipótese, por exemplo, o agroturismo ou turismo rural pode ser considerado atividade agrária acessória no Brasil.

Por fim, mister destacar que somente atividades empresariais, destinadas a promover a efetiva produção ou circulação de bens ou de serviços, podem ser enquadradas juridicamente como atividades agrárias acessórias. Em outras palavras, não são atividades agrárias acessórias aquelas atividades rotineiras do produtor rural, nas quais ele figura economicamente como consumidor⁵², adquirindo insumos e serviços para fomentar a sua atividade agrária produtiva⁵³. Na prática, percebe-se que as atividades empresariais têm a ver com a disponibilização de produto ou serviço no mercado, ao passo que as atividades consumeristas visam buscar no mercado produtos e serviços.

Economicamente, várias são as atividades acessórias ou de suporte que são desempenhadas pelo empresário agrário (*antes, dentro ou depois* da porteira)⁵⁴, mas somente são consideradas juridicamente

52 “No aspecto meramente econômico, será consumidor todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele adquirente ou não, para uso próprio ou para revenda” (CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008, p. 34).

53 Não raro, há doutrinadores que elencam diversas “atividades acessórias” da empresa agrária, tomando por foco meramente a ligação econômica existente com a atividade agrário-produtiva principal. Nesse sentido, por exemplo, Gustavo Elias Kallás Rezek dispõe que “as atividades acessórias podem ser: a) prévias, como as tendentes ao preparo do fundo, à adubação e à aragem da terra, à obtenção dos recursos creditícios, à contratação de mão-de-obra, à construção das benfeitorias necessárias para o desenvolvimento da atividade principal; b) concomitantes, como a compra contínua dos insumos necessários à manutenção do processo de desenvolvimento da planta ou do animal; c) posteriores, entre as quais se destacam o processamento primário dos produtos – como acontece no beneficiamento dos grãos de café e no resfriamento e conservação do leite – e a sua colocação no mercado, incluindo o transporte da mercadoria e as negociações para a sua venda ou troca” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 36). Dessas atividades, somente as listados no item “c” são consideradas, juridicamente, atividades agrárias acessórias.

54 Numa análise econômica e, portanto, mais ampla que a meramente jurídico-empresarial, é de se destacar que “o complexo agroindustrial tem capacidade de impulsionar também outros setores: aqueles que estão antes da fazenda, como máquinas, adubos, defensivos e aqueles

atividades agrárias acessórias certas atividades eminentemente empresariais (destinadas à produção ou circulação de bens ou serviços) que, além de estar ligadas acessoriamente à atividade agrário-produ-tiva principal, também preenchem aqueles dois requisitos essenciais já referidos: vínculo subjetivo e objetivo.

5. Empresa Agrária, Agronegócio e Agroindústria.

Com muita frequência, principalmente na atualidade, doutri-na, jurisprudência e legislação utilizam os termos *empresa agrária*, *agronegócio* e *agroindústria* sem precisão técnica, confundindo-as ou lhes atribuindo significados mais ou menos amplos.

Hodiernamente, a correta interpretação do art. 971 do Código Civil não deixa dúvidas quanto à definição de empresa agrária, conforme já demonstrado. Porém, como a empresa agrária também pode ser integrada por atividades empresariais intrinsecamente não-agrárias – as chamadas atividades agrárias acessórias – eventualmente, a própria empresa agrária vai se encarregar da produção agrária e tam-bém da industrialização dos respectivos produtos primários daquela. Nesse caso, a agroindústria integra o conceito de empresa agrária, sendo uma atividade agrária acessória⁵⁵.

que se situam depois da porteira da fazenda, como a agroindústria, o transporte, armazena-mento e a comercialização das safras” (ALVARENGA, José Eduardo de. O novo Código Civil e as sociedades limitadas de agronegócios: os problemas jurídicos recorrentes. In. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; QUEIROZ, João Eduardo Lopes (Coord.). *Direito do Agronegócio*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 207).

55 “Muitos autores empregam o termo ‘agroindústria’ sem precisar especificamente o seu sig-nificado. Em sentido estrito, a agroindústria é um complexo industrial de atividades econômicas secundárias de transformação e de processamento de produtos primários, cuja atividade indus-trial é regulada precisamente pelo Direito Comercial [Direito de Empresa], excluindo-se da tutela jurídico agrária. É uma indústria cuja matéria prima é oriunda da atividade agrária. Como exemplo, podemos citar uma empresa especializada em laticínios variados, que adquire o leite dos produtores rurais e o processa em seu estabelecimento. Não há atividade agrária, não há a criação do gado leiteiro e a sua ordenha nos currais. Ocorre, sim, a aquisição da matéria prima no mercado e seu processamento, atividade secundária, de transformação. Podemos e

Contudo, a agroindústria também pode existir de maneira relativamente autônoma da empresa agrária. Basta que determinada empresa se dedique à industrialização de produtos primários para que, dessa forma, já será considerada agroindústria. Destaque-se que os produtos primários podem ser transferidos ao empresário agroindustrializador diretamente por um empresário agrário ou, até mesmo, por um empresário comerciante-especulador.

O fato é que, como a mesma pessoa não é a encarregada de produzir os produtos primários e promover respectiva industrialização, a agroindústria é tão-somente relativamente autônoma quanto à empresa agrária, pois a dependência não é entre atividade principal e acessória, mas sim mera dependência de fornecimento de matéria-prima (produtos primários) para a agroindustrialização (dando origem a produtos secundários).

Para resolver dogmaticamente essa questão da utilização do termo *agroindústria*, que tanto pode ser uma empresa relativamente autônoma, quanto uma atividade agrária acessória, integrante do complexo da empresa agrária, Gustavo Elias Kallás Rezek propõe que o referido termo seja utilizado somente para designar a empresa relativamente autônoma (agroindústria em sentido estrito) e que a expressão *empresa agrária agroindustrial* fique reservada para aquelas empresas agrárias híbridas, nas quais determinada atividade industrial seja exercida acessoriamente a uma atividade agrária principal.

Entretanto, salienta Gustavo Elias Kallás Rezek que, em diversas leis agrárias e nos comentários de vários doutrinadores, a utilização isolada do termo *agroindústria* deve ser interpretada como uma atividade agrária acessória de uma empresa agrária, senão veja-se:

devemos incluí-la no âmbito do agronegócio moderno, mas isso não altera sua natureza jurídica de empresa mercantil, excluída do âmbito específico do Direito Agrário” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. A agroindústria no sistema empresarial e na teoria do agronegócio. In: ZIBETTI, Darcy Walmor; BARROSO, Lucas Abreu (org.). *Agroindústria: uma análise no contexto socioeconômico e jurídico brasileiro*. São Paulo: Leud, 2009, p. 158).

Porém, qual o sentido da utilização do termo 'agroindústria' em diversas leis agrárias e nos comentários de vários doutrinadores? A esta indagação, respondemos que o termo, nestes casos, refere-se a uma espécie híbrida entre a empresa agrária e a agroindústria em sentido estrito, a qual pode ser nomeada, propriamente, como empresa agrária agroindustrial. Esta figura ocorrerá quando dentro da própria empresa agrária, organização econômica que tem como atividade central a produção agropecuária, atingir-se um alto grau de mecanização na produção e/ou ocorrer, como atividade anexa, o processamento industrial dos produtos no próprio estabelecimento agrário. Imaginemos uma fazenda especializada na produção de laranja que possui usina própria para o processamento do suco. Assim também uma exploração canavieira com usina de álcool ou de aguardente. Proliferam, atualmente, as usinas de biodiesel instaladas no próprio estabelecimento produtor das matérias primas. São exemplos de empresas agrárias agroindustriais.⁵⁶

Gustavo Elias Kallás Rezek aduz ainda que a *empresa agrária agroindustrial*, bem como qualquer empresa agrária que englobe também atividades agrárias acessórias, reflete um processo de integração vertical sob uma mesma empresa que se encarrega de exercer atividades de vários setores da economia⁵⁷. Essa integração vertical é meramente econômica e limitada ao âmbito de uma mesma empresa. Por seu turno, além da econômica, há também integração vertical jurídica, nos comumente chamados *contratos de integração vertical agroindustriais*⁵⁸, que, sendo uma integração vertical materializada

56 REZEK, Gustavo Elias Kallás. A agroindústria no sistema empresarial e na teoria do agronegócio. In: ZIBETTI, Darcy Walmor; BARROSO, Lucas Abreu (org.). *Agroindústria: uma análise no contexto socioeconômico e jurídico brasileiro*. São Paulo: Leud, 2009, p. 158-159.

57 "A empresa agrária agroindustrial reflete um processo de integração vertical onde uma só empresa é a responsável, simultaneamente, pela produção, pelo processamento industrial dos produtos primários, agregando valores, e pela comercialização destes produtos no mercado" (REZEK, Gustavo Elias Kallás. A agroindústria no sistema empresarial e na teoria do agronegócio. In: ZIBETTI, Darcy Walmor; BARROSO, Lucas Abreu (org.). *Agroindústria: uma análise no contexto socioeconômico e jurídico brasileiro*. São Paulo: Leud, 2009, p. 159).

58 "Due imprese aventi natura diversa ed appartenenti a soggetti diversi potranno in tal senso

por contratos coligados⁵⁹, “colocam em relação de cooperação setores diversos da produção, formando verdadeiras e próprias cadeias contratuais agroindustriais”⁶⁰ e “que têm como sujeitos o produtor rural, a indústria e/ou o setor de distribuição e comercialização”⁶¹.

Noutro giro, o termo *agronegócio* (em inglês: *agribusiness*) expressa uma idéia mais ampla que a da *empresa agrária agroindustrial* e da *agroindústria em sentido estrito*. Com efeito, engloba o *agronegócio* a análise de toda e qualquer atividade econômica que tenha ligação com a produção agrária. Dessa forma, o *agronegócio* relaciona-se com os setores econômicos situados *antes, dentro e depois* da porteira, conforme se infere da definição apresentada por Renato Buranello, *in verbis*:

Assim, podemos definir o agronegócio como o conjunto organizado de atividades econômicas que envolve a fabricação e fornecimento de insumos, a produção agropecuária, o processamento, a armazenagem, distribuição e comercialização de produtos de origem agrícola ou pecuária, as formas privadas de financiamento e as bolsas de mercadorias e de futuros.⁶²

Infere-se que o *agronegócio*, além de buscar analisar amplamente os reflexos econômicos da empresa agrária em vários setores,

essere economicamente collegate ma non giuridicamente connesse; potranno dar luogo ad una forma di integrazione c.d. verticale ma non al fenomeno in parola” (BUCCIANTE, Alfredo. *Lezioni di Diritto Agrario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 61).

59 “Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99).

60 PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. Contornos jurídicos e matizes econômicas dos contratos de integração vertical agroindustriais no Brasil. *Revista de Direito Mercantil*. n. 144. out./dez. 2006, p. 84.

61 *Ibid.*, p. 84.

62 BURANELLO, Renato. A autonomia do Direito do Agronegócio. *Revista de Direito Mercantil*. n. 145, jan./mar. 2007, p. 187.

reflete também a tendência de “adoção de uma visão empresarial e mercadológica da atividade agrária”⁶³.

Essa atenção que as relações econômicas que integram o *agronegócio* têm merecido no contexto empresarial, provocou o surgimento de opiniões no sentido de haver um ramo jurídico autônomo denominado *Direito do Agronegócio* que, segundo Renato Buranello, pode ser caracterizado como “o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações intersubjetivas decorrentes da produção, armazenamento, comercialização e financiamento da agricultura *lato sensu*”⁶⁴, ao passo que João Eduardo Lopes Queiroz o define como “o conjunto de normas jurídicas incidentes sobre a produção, processamento e distribuição dos produtos agropecuários”⁶⁵. Contudo, conforme destacado por Gustavo Elias Kallás Rezek, “esse Direito está intimamente relacionado com o Direito Agrário, mas o supera na amplitude, possuindo ainda, por sua pouca idade, uma certa dificuldade de se sustentar como sistema jurídico autônomo”⁶⁶.

Portanto, *empresa agrária*, *agroindústria* e *agronegócio* são termos que têm amplitudes e conceitos jurídicos distintos, devendo ser bem compreendidos dogmaticamente, sob pena de atrapalhar o desenvolvimento e segurança científico-jurídica.

63 REZEK, Gustavo Elias Kallás. A agroindústria no sistema empresarial e na teoria do agronegócio. In: ZIBETTI, Darcy Walmor; BARROSO, Lucas Abreu (org.). *Agroindústria: uma análise no contexto socioeconômico e jurídico brasileiro*. São Paulo: Leud, 2009, p. 149.

64 BURANELLO, Renato. A autonomia do Direito do Agronegócio. *Revista de Direito Mercantil*. n. 145, jan./mar. 2007, p. 186.

65 QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Direito do Agronegócio: é possível a sua existência autônoma? In: SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; QUEIROZ, João Eduardo Lopes (Coord.). *Direito do Agronegócio*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 30.

66 REZEK, Gustavo Elias Kallás. A agroindústria no sistema empresarial e na teoria do agronegócio. In: ZIBETTI, Darcy Walmor; BARROSO, Lucas Abreu (org.). *Agroindústria: uma análise no contexto socioeconômico e jurídico brasileiro*. São Paulo: Leud, 2009, p. 162.

6. Empresa Agrária e a Empresa Rural do Estatuto da Terra.

A empresa agrária, compreendida como uma empresa que tem por objeto o exercício de dada atividade agrária principal, não pode ser confundida com o conceito de *empresa rural* contido no inc. VI do art. 4º do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), nos seguintes termos:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:
[...]

VI – “Empresa Rural” é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias;

Com efeito, a empresa rural, conceituada no inc. VI, art. 4º, do Estatuto da Terra, tomou por base a exploração racional e econômica do imóvel rural, segundo padrões fixados pelo Poder Público⁶⁷. Em outras palavras, a definição legal de empresa rural a considera como um imóvel onde há empreendimento econômico sendo explorado com eficiência.

67 Por exemplo, o art. 22, inc. III, do Decreto 84.685/1980 dispôs que: “Art. 22 – Para efeito do disposto no art. 4º incisos IV e V, e no art. 46, § 1º, alínea “b”, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, considera-se: [...] III – Empresa Rural, o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro das condições de cumprimento da função social da terra e atendidos simultaneamente os requisitos seguintes: a) tenha grau de utilização da terra igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado na forma da alínea “a” do art. 8º; b) tenha grau de eficiência na exploração, calculado na forma do art. 10, igual ou superior na 100% (cem por cento); c) cumpra integralmente a legislação que rege as relações de trabalho e os contratos de uso temporário da terra” (BRASIL, Decreto 84.685/1980).

Sendo assim, percebe-se que enquanto a empresa agrária tem por foco uma determinada atividade, por outro lado o conceito legal de empresa rural visa qualificar uma categoria de imóvel rural, baseado na eficiência da sua exploração⁶⁸. Várias são as críticas a essa conceituação legal de *empresa rural*. Para começar, é notório que existem empresas ineficientes, ou seja, nem todas são eficientes como parece fazer crer o inc. VI, art. 4º, do Estatuto da Terra⁶⁹.

Outrossim, como sabido, a empresa é uma atividade econômica e, como tal, não se confunde com o imóvel que, eventualmente, serve de suporte para o seu exercício⁷⁰. Ora, vincular a empresa a um imóvel não se mostra coerente com a possibilidade fática de exercício de empresa sem o suporte de um imóvel, como no caso das culturas hidropônicas ou aeropônicas⁷¹.

68 “Os fundos agrários podem ser, ainda, eficientes ou deficientes. Eficientes são os que permitem o progresso social e econômico dos seus titulares, familiares, empregados e de suas famílias, por meio da sua exploração racional e econômica, denominados no Brasil, como vimos, como empresas rurais (Estatuto da Terra, art. 2º, § 1º), isto é, são eficientes quando atendem ao princípio da função social da terra” (LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Agrário*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 26).

69 “O legislador cometeu engano ao tomar como critério, para a conceituação da empresa rural, a exploração racional e econômica de imóvel rural, isto é, a exploração eficiente de um imóvel rural. Ora, sabemos que uma empresa pode ser eficiente ou deficiente, ou melhor, pode ter bons resultados econômicos ou não” (Ibid., p. 24).

70 “Quanto à sua natureza jurídica, é a empresa uma instituição jurídico-social, e seu conceito é aferido no plano metajurídico, dentro da ciência econômica. A empresa agrária não se confunde com a propriedade agrária pelo mesmo motivo que o empresário não se confunde com o proprietário. São instituições diversas, mas relacionadas. Também ela não se identifica com o imóvel agrário, confusão à qual o inc. VI do art. 4º do Estatuto conduz, pela colocação da empresa rural como uma das espécies dentro da classificação do imóvel. Este último integra o estabelecimento empresarial, noção muito mais restrita que a da empresa como instituição materializada pela organização de pessoas e de bens para o racional exercício da atividade agrária” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 111).

71 “Poderá haver [...] empresa agrária com atividade *extra-fundo*, situação que não se vislumbra quanto à empresa rural” (SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73).

Ademais, a denominação *empresa rural* é criticável, pois também pode haver exploração agrário-empresarial fora do perímetro rural, inclusive em grandes centros urbanos⁷².

Por último, o conceito legal de *empresa rural* é extremamente restritivo, pois exige exploração de grande vulto, não albergando a pequena empresa, incluindo a de cunho familiar, mesmo que seja relativamente eficiente⁷³. Nesse sentido, destaque-se que a empresa agrária poderá ser exercida “tanto na pequena propriedade familiar, com modesta produção, quanto em um extenso fundo agrário, para a

72 “[...] a denominação ‘empresa rural’ não é a mais própria, nem coerente com a própria lei, pois dá a entender que se trata de exploração de imóvel situado no meio rural, fora do perímetro urbano, quando o que importa é caracterizar o tipo de atividade que nele é exercida, a atividade agrária, mesmo porque o imóvel rural (que também não deveria ser assim denominado) caracteriza-se pela viabilidade de exploração agrária, em função da sua dimensão, independentemente da sua localização, conforme o conceito constante no inciso I do art. 4º da Lei nº 4.504, e conforme a melhor doutrina do Direito Agrário” (LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Agrário*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 24-25).

73 “Enquanto a empresa rural se restringe a um imóvel rústico com condições limitadas de rentabilidade e exploração, a empresa agrária se caracteriza pela ocorrência de atividade econômica organizada de cultivo de vegetais e de criação de animais, cujos produtos são voltados ao consumo humano, em sentido amplo. A empresa agrária abarca, por exemplo, a noção de propriedade familiar” (REZEK, Gustavo Elias Kallás. A agroindústria no sistema empresarial e na teoria do agronegócio. In: ZIBETTI, Darcy Walmor; BARROSO, Lucas Abreu (org.). *Agroindústria: uma análise no contexto socioeconômico e jurídico brasileiro*. São Paulo: Leud, 2009, p. 68). Em virtude dessa constatação fático-econômica, a doutrina tradicional do Direito Agrário já tentou fazer malabarismos para justificar que a propriedade familiar também traz uma definição de empresa menos lata que a empresa rural do Estatuto da Terra, senão veja-se: “[...] há, além da definição do art. 4º, VI, do ET uma outra definição de empresa agrária menos lata, que pode ser enquadrada na forma de ‘pessoa física’, qual seja a da pequena empresa representada pela exploração direta do imóvel rural, contida na definição de propriedade familiar. Assim, temos um conceito geral e um particular; não se lhe dá o nome jurídico de empresa, mas é, em realidade, um empreendimento da família, que forma o *paterfamilias* (o empresário), uma unidade de organização e atividade [...]” (OPITIZ, Sílvia C. B.; OPITIZ, Oswaldo. *Curso completo de Direito Agrário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48). Em sentido contrário, também na doutrina tradicional: “Os fundos agrários podem classificar-se em familiares e empresariais. Os familiares são os explorados com o esforço do titular e dos seus familiares, sem auxílio de terceiros, a não ser eventualmente. Os empresariais são os explorados com o auxílio de terceiros (empregados)” (LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Agrário*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 137).

prática de empreendimento vultoso, como requerem certas culturas agrícolas”⁷⁴.

Destarte, pode-se concluir que a conceituação de empresa rural apresentada pelo art. 4º, inc. VI, do Estatuto da Terra é tão-somente uma classificação de determinado imóvel agrário, não se confundido com a empresa agrária em si, que é uma atividade. “A classificação [...] visou alcançar uma finalidade prática: disponibilizar aos encarregados da aplicação das políticas agrícola e fundiária um critério objetivo para direcionarem sua atuação”⁷⁵.

Tradicionalmente, contudo, a doutrina agrarista brasileira não tem percebido essa diferença entre o conceito legal de empresa rural e a empresa agrária como atividade. Com efeito, essa doutrina ainda constrói suas lições atrelando a empresa à “idéia de um modelo de produção necessariamente avançado e moderno, com o recurso das últimas tecnologias ou então como fruto apenas de modelos econômicos capitalistas avançados”⁷⁶, como o fez, por exemplo, Paulo Torminn Borges, para quem a empresa rural é “o instrumento ideal para consecução da arrancada desenvolvimentista”⁷⁷, de forma que o Direito Agrário atuaria “canalizando para os imóveis rurais todos os estímulos possíveis no sentido de tornar empresarial a sua exploração”⁷⁸.

Esses equívocos da doutrina agrarista são provocado por interpretações com base no conceito legal de *empresa rural* contido no Estatuto da Terra “que elevou determinados imóveis à condição daqueles considerados ideais no sistema de organização fundiária do

74 REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 113.

75 Ibid., p. 61.

76 SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 47.

77 Paulo Torminn BORGES, *Institutos básicos do Direito Agrário*, 1991, p. 43.

78 Ibid., p. 43.

país”⁷⁹ e, assim, restringiu e desvirtuou a verdadeira noção de empresa agrária, confundindo ainda essa especial atividade com o imóvel agrário.

7. Conclusão.

Na legislação brasileira, a empresa agrária é uma atividade econômica, organizada, profissional (não eventual), destinada prioritariamente à produção agrária para o mercado, sempre relacionada com alguma das atividades elencadas no art. 2º da Lei 8.023/1990 e, eventualmente, também com outras atividades empresariais acessórias àquela.

No âmbito da empresa agrária, deve ser exercida obrigatoriamente uma atividade agrária principal (de produção de bens agrários), que deve ter prioridade por ser a principal profissão, mas também é possível o exercício de outras atividades agrárias acessórias, desde que o sejam pela mesma pessoa (vínculo subjetivo) e em caráter de acessoriedade, e com relativa dependência econômico-funcional para com a principal (vínculo objetivo).

Por último, o conceito de empresa agrária (arts. 971 e 984 do Código Civil brasileiro) deve ser bem compreendido para que não seja erroneamente tomado como sinônimo de agroindústria, agronegócio ou empresa rural.

79 SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 47.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br

3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

- (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
- (b) Orientação: retrato;
- (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (f) Espaçamento: 0 pt antes e depois no texto e 0 pt antes e 6 pt depois para as notas de rodapé; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
- (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
- (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

4. Os artigos deverão possuir:

- (a) sumário;
- (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto e o outro necessariamente o inglês;
- (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
- (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pe-

los Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.

7. Realizado esse procedimento, os artigos aprovados serão submetidos aos Editores e aos membros dos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, que se reunirão para avaliá-los e finalizar a seleção para a publicação, observando os critérios de qualidade e exogenia e a quantidade de artigos por número.

8. Além desses artigos avaliados anonimamente por pares, a RSDE publicará até dois artigos de convidados por número. Estes artigos serão avaliados somente pelos Conselhos Editorial e Executivo, os quais analisarão a pertinência temática com o foco e o escopo da Revista e a observância das regras formais para publicação.

9. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.