

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 36

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 2025

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

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), Antônio José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bom (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutor, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil) - Coordenadores. Daniela Fernandes (Mestrado em andamento, UERJ, Brasil), Guilherme Vinseiro Martins (Doutorado em andamento, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant'Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Mestre, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutor, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestre, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMEROS: Caroline da Rosa Pinheiro (Doutora, IFRJ, Brasil), Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Felipe Albuquerque (Doutor, UERJ, Brasil), Gilberto Gornati (Doutor, FGV-SP, Brasil), Gisele Welsch (Doutora, PUCRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Karlo Fonseca Tinoco (Doutor, Université de Strasbourg, França), Marcelo Lauar Leite (Doutor, FDUC, Portugal), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Rodrigo da Guia (Doutor, UERJ, Brasil), Unie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil), Victor Willcox (Doutor, UERJ, Brasil), Vitor Butruce (Doutor, USP, Brasil)

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 36 (janeiro/junho 2025)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

Colaboraram neste número

Amanda Vilela

Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo.

E-mail: amandavilela@usp.br

Arthur Casseмиro Moura de Almeida

Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito da Empresa em Crise – GEDEC (CNPq). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). LLM em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Advogado e Senior Legal Analyst na Debtwire.

E-mail: arthurcma@gmail.com

Felipe Danin

Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo DP. Graduado em 2023 no Centro Universitário de Brasília-UniCeub.

E-mail: felipe.danin@paixaocortes.adv.br

Felipe Ferreira Simões dos Santos

Doutorando e Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Negócios Financeiros pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pelo Instituto Metodista Bennett (Unibennett) e Administração de Empresas pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pesquisador sênior do Grupo de Estudo de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado.

E-mail: lipe_simoes@yahoo.com.br.

Filipe Casellato Scabora

Professor nos programas de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e da Fundace Business School – Universidade de São Paulo (USP). Visting Scholar no Warrington College of Business – University of Florida, Fisher School of Accounting. Doutorando e mestre em

Controladoria e Contabilidade pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado (UNESP) e contador (USP). Vice-presidente da Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falência da 12ª Subseção da OAB/SP. Gainesville/FL, Estados Unidos da América.

E-mail: filipe.casellato@ufl.edu

Gabriel Pego Marques

Especialista em Fintechs e Meios de Pagamento – INSPER e Direito Bancário – FGV. Advogado (Mackenzie). São Paulo/SP, Brasil.

E-mail: gabriel.marques@oknocapital.com.br

Hawylla Monteiro de Oliveira Rodrigues

Professora Substituta do Instituto Federal da Paraíba. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Graduada em Direito. Advogada.

E-mail: hawylla7@gmail.com

Isabelle Illiciev Lage

Especialista em Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante da Comissão de Direitos Autorais, Direitos Imateriais e Entretenimento da OAB/RJ. Advogada.

E-mail: isabelleilliciev@gmail.com

Luis Armando Saboya Amora

Professor de pós-graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutorando em Direito Comercial pela USP. Advogado com atuação na área de recuperação de empresas e falências. Coordenador da área de recuperação judicial do Tardioli Lima Advogados.

E-mail: luissaboya@hotmail.com

Marcelo Lauar Leite

Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA, Brasil). Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC, Portugal). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN, Brasil). Advogado. Investigador do Instituto Jurídico (FDUC). Investigador do Grupo de Pesquisa "Empresa, Consumo y Derecho"

(Universidad da Corua, Espanha). Líder do Grupo de Pesquisa "Direito, Economia e Mercados" (DIREM/UFERSA). Editor-adjunto da Revista Jurídica da UFERSA. Foi Visiting Researcher na Université de Montréal (UdeM, Canadá).

E-mail: marcelo.lauar@ufersa.edu.br

Marcelo Viveiros de Moura

Mestre em Direito (LLM) pela Cambridge University. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ex-Professor de Direito Societário da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Sócio da área empresarial do Pinheiro Neto Advogados.

E-mail: mvmoura@pri.com.br

Mariana Saraiva Macambyra

Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Possui especialização em Direito Societário e Negócios Empresariais e em Direito e dos Contratos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduação em Direito (2018) e em Comércio Exterior (2016) pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. Analista jurídica da Can-Pack Brasil Indústria de Embalagens Ltda.

E-mail: marimacambyra@hotmail.com

Miguel Arraes

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado associado na área empresarial do Pinheiro Neto Advogados.

E-mail: marraes@pn.com.br

Osmar Paixão Côrtes

Professor titular do PPGD/IDP. Pós-doutor em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em direito pela PUC/SP. Mestre em direito pela Universidade de Brasília (Unb).

E-mail: osmar@paixaocortes.adv.br

Rodrigo D'Orio Dantas

Professor de Direito Empresarial do Mackenzie. Especialista, mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

(PUC-SP), e pós-doutorando pela Faculdade de Direito São Paulo (USP). Professor de psicanálise no Centro de Estudos Psicanalíticos de São Paulo (CEP-SP). Mestre em psicanálise pela UK John Kennedy, com pós-doutoramento em psicanálise pelo Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo (IPUSP).

E-mail: rdorio@gmail.com

Sabrina Maria Fadel Becue

Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito da Empresa em Crise – GEDEC (CNPq). Pós-doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

E-mail: sabecue@gmail.com

Sumário

A ALOCAÇÃO DE PODER NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UM SISTEMA DE RUÍDO? UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE DELIBERAÇÃO COLETIVA DOS CREDORES À LUZ DA TEORIA DO NOISE Rodrigo D'Orio Dantas	1
A APLICABILIDADE DA DISCIPLINA DO TRESPASSE À ALIENAÇÃO DE UNIDADE PRODUTIVA ISOLADA (UPI) Marcelo Viveiros de Moura e Miguel Arraes.....	39
O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA APLICADO COMO FONTE REGULADORA DO CONTRATO DE FRANQUIA Hawylla Monteiro de Oliveira Rodrigues e Marcelo Lauar Leite	71
CONTRATOS INCOMPLETOS E A SECURITIZAÇÃO DE ATIVOS NO AUDIOVISUAL BRASILEIRO Amanda Vilela	95
MODELOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS: A ANÁLISE JURÍDICA DOS TEMAS 29 E 30/TST À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF Osmar Paixão Côrtes e Felipe Danin	139
RECONHECIMENTO DA MEDIAÇÃO ANTECEDENTE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO UM PROCESSO ESTRANGEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DA LEI MODELO UNCITRAL SOBRE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL Sabrina Maria Fadel Becue e Arthur Cassemiro Moura de Almeida	173
ABERTURA DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL ATRAVÉS DA INCORPORAÇÃO Mariana Saraiva Macambyra e Luís Armando Saboya Amora	201

TUTELAS DE URGÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E
EXTRAJUDICIAL

Filipe Casellato Scabora e Gabriel Pego Marques221

CARNAVAL CARIOCA E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL:
INTERSEÇÕES ENTRE ECONOMIA CRIATIVA, DIREITO MARCÁRIO E
TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Isabelle Illiciev Lage e Felipe Ferreira Simões dos Santos259

A ALOCAÇÃO DE PODER NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UM SISTEMA DE RUÍDO? UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE DELIBERAÇÃO COLETIVA DOS CREDORES À LUZ DA TEORIA DO *NOISE*¹

POWER ALLOCATION IN JUDICIAL REORGANIZATION: A NOISE SYSTEM? AN ANALYSIS OF THE COLLECTIVE DELIBERATION SYSTEM OF CREDITORS CONSIDERING NOISE THEORY

*Rodrigo D’Orio Dantas**

Resumo: O artigo investiga aspectos psíquicos decorrentes das mudanças trazidas pela Lei n. 11.101/2005 no sistema de insolvência brasileiro, especificamente quanto à transferência do poder decisório do Poder Judiciário para os credores, por meio de deliberação coletiva nas Assembleias Gerais de Credores nos processos de recuperação judicial. Da seara psíquica, percorre-se a teoria do erro de julgamento humano, baseada na obra *Noise* (2021) de Daniel Kahneman *et al.*, que aprofunda a análise do ruído existente nos diversos tipos de julgamento (ruído de nível e ruído padrão [estável e de ocasião]), além de descrever as formas apontadas de mitigação do ruído (“higienização da decisão”), como auditorias, controle do fluxo de informações e, principalmente, a agregação de múltiplos julgamentos independentes, o que estatisticamente o reduziria. Apesar do potencial da deliberação coletiva para reduzir o ruído, a independência dos julga-

¹ Artigo recebido em: 10.09.2025 e aceito em: 10.10.2025.

* Especialista, mestre e doutor em Direito pela PUC-SP, pos-doutorando pela Faculdade de Direito São Francisco (USP). Professor de Direito Empresarial do Mackenzie. Mestre em psicanálise pela UK John Kennedy, com pós-doutoramento em psicanálise pelo Instituto de Psicologia da USP (IPUSP). Professor de psicanálise no Centro de Estudos Psicanalíticos de São Paulo (CEP-SP). E-mail: rdorio@gmail.com

mentos individuais pode ser comprometida por fenômenos inerentes às interações em grupo, como a influência social (informacional e reputacional), as cascatas informacionais e o “comportamento de manada” (*herd* ou *herding*). Esses fenômenos podem potencializar o ruído nas deliberações coletivas, tornando-as menos eficazes do que o esperado. Com base nos levantamentos realizados, analisa-se a Assembleia Geral de Credores como um possível campo de decisões ruidosas.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Ruído. Influência Social. Cascatas Informacionais. Movimento de manada.

Abstract: This article examines psychological aspects arising from changes brought by Law No. 11.101/2005 to the Brazilian insolvency system, specifically regarding the transfer of decision-making power from the judicial power to creditors through collective deliberation in General Meetings of Creditors in judicial reorganization proceedings.

From the psychological realm, the investigation explores the theory of human judgment error, based on the work *Noise* (2021) by Daniel Kahneman et al., which deepens the analysis of noise existing in various types of judgment (level noise, stable pattern noise and occasion noise), in addition to describing the indicated forms of noise mitigation ("decision hygiene"), such as audits, information flow control and, mainly, the incorporation of multiple independent judgments, which would statistically reduce it.

Despite the potential of collective deliberation to reduce noise, the independence of individual judgments may be compromised by phenomena typical of group interactions, such as social influence (informational and reputational), informational cascades, and "herd behavior" (*herd* or *herding*). These phenomena can amplify noise in collective deliberations, making them less effective than expected. Based on the surveys conducted, the General Meeting of Creditors is analyzed as a possible area of noisy decisions.

Keywords: Judicial Reorganization. Noise. Social Influence. Information Cascades. Herd behavior.

Sumário: Introdução. 1. Ruptura da alocação de poder decisório no processo de recuperação judicial. 2. Erro do julgamento humano: dos vieses aos ruídos. 3. Fenômenos potencializadores do ruído nas deliberações coletivas: influência social, cascatas informacionais e movimento de manada. Conclusão.

Introdução.

A Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial – LFR) representou uma mudança paradigmática no sistema brasileiro de insolvência, ao redefinir a alocação do poder decisório nos processos de recuperação judicial.

Diferentemente do regime anterior, que centralizava a prerrogativa de decisão no Poder Judiciário (concordata, conforme prevista no Decreto-Lei n. 7.661/1945), a LFR conferiu aos credores a responsabilidade crucial pela deliberação sobre a viabilidade e o soerguimento do empresário em crise.

Essa alteração fundamentou-se na premissa de que os credores, por possuírem os maiores incentivos econômicos e o conhecimento mais direto da realidade empresarial, estariam mais aptos a tomarem decisões eficazes e, assim, melhor capacitados para a apuração da viabilidade de recuperação do empresário em crise.

No entanto, a transição do modelo decisório individual, exercido pelo magistrado imparcial, para a deliberação coletiva dos credores, impõe uma análise aprofundada sobre a natureza do julgamento humano.

As decisões, individuais ou em grupo, são intrinsecamente suscetíveis a diferentes tipos de erros. Dentre estes, destacam-se o viés (caracterizado por desvios sistemáticos e consistentes), e o ruído (que se manifesta como variabilidade indesejada ou dispersão aleatória em julgamentos que deveriam ser uniformes).

A interação e os impactos desses componentes no processo decisório são elementos cruciais para se compreender a eficácia do novo arranjo da LFR. Nesse contexto, a deliberação coletiva de credores, especialmente por meio da Assembleia Geral de Credores (AGC), emerge como o principal palco para essas novas dinâmicas. Embora a agregação de julgamentos independentes possa, em tese, mitigar o ruído e os vieses presentes em decisões individuais, a efetividade desse mecanismo pode ser desafiada por fenômenos inerentes às interações em grupo.

Aspectos como a influência social, cascatas informacionais e o “comportamento de manada” (*herd* ou *herding*) podem comprometer a independência dos julgamentos individuais, introduzindo ou potencializando a variabilidade e os desvios no processo decisório coletivo.

O artigo aqui proposto dedica-se a explorar essa complexa intersecção entre a alocação de poder na recuperação judicial e a natureza dos erros de julgamento, com foco particular na apuração de ruído decorrente da deliberação coletiva dos credores.

Como finalidade, a ideia é aprofundar, nos limites possíveis deste trabalho, as discussões sobre o ruído no contexto da Assembleia Geral de Credores, avaliando as implicações dos fenômenos de grupo na formação das decisões.

Ao final, pretende-se responder às seguintes questões, ainda que parcialmente: A deliberação coletiva de credores, no processo de recuperação judicial, consistiria em um julgamento ruidoso? Uma deliberação coletiva pode ser mais ou menos ruidosa do que uma deli-

beração individual? Seria o caso da tomada dos votos dos credores ocorrer secretamente em AGC, tornando-se público apenas ao final da votação?

1. Ruptura da alocação de poder decisório no processo de recuperação judicial.

A Lei n. 11.101/2005 (LFR), que disciplina a recuperação judicial, extrajudicial e a falência no Brasil, representa um marco transformador no sistema de insolvência, promovendo uma ‘ruptura’ substancial na maneira pela qual o poder decisório é alocado, especialmente no que tange à viabilidade e soerguimento do empresário em crise.

Historicamente, o cenário brasileiro conferiu majoritariamente ao Poder Judiciário uma prerrogativa quase exclusiva na concessão de instrumentos a fim de superar crises empresariais, a exemplo do instituto da concordata (Decreto-Lei n. 7.661/1945).

A nova legislação, contudo, introduziu uma abordagem que prioriza a deliberação coletiva dos credores, transferindo-lhes a responsabilidade/poder pela decisão crucial sobre a continuidade (ou não) do empresário em crise econômico-financeira. Assim, de forma geral, é possível afirmar que a decisão jurisdicional sobre a viabilidade econômica desse empresário foi transferida do Poder Judiciário aos credores.

Para compreender a magnitude da alteração introduzida pela LFR – quase uma verdadeira ruptura – é imperativo analisar o sistema de insolvência que a precedeu, principalmente o disciplinado pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945. Nesse regime, o Poder Judiciário detinha uma prerrogativa quase absoluta na concessão (ou não) da concordata, tanto preventiva quanto suspensiva.

Na verdade, a deliberação em reuniões ou assembleias de credores, prática ocorrida desde o Código Comercial de 1850, foi supri-

mida pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945, que passou o controle de todos os trabalhos relacionados às falências e concordatas ao Poder Judiciário. Ao juiz cabia conduzir os atos decisivos do processo.²

Em síntese, a concordata era vista como um “favor legal” concedido ao devedor e, o que é crucial: sua concessão não dependia da vontade dos credores, além de não ser precedida de uma verificação efetiva da viabilidade econômica da própria empresa em crise.

Um dos sintomas possíveis de serem verificados nessa fase consistia em uma ineficácia da proteção dos interesses dos credores que, muitas vezes, eram compelidos a aceitar acordos inexecutáveis apenas para evitar a falência.³

Além disso, a legislação era amplamente criticada por sua morosidade e alvo de críticas quanto a um ‘certo’ enviesamento nas deliberações jurisdicionais.

Nesse cenário, a alteração legislativa pela LFR, dentre outros escopos, pretendeu conferir maior destaque aos credores, pois a decisão sobre a superação da crise econômico-financeira seria diretamente proporcional aos próprios interesses dos credores: se a empresa fosse efetivamente recuperável, sua reestruturação, além de diversos benefícios socioeconômicos (geração de postos de trabalhos, impostos, circulação de riquezas), potencializaria o retorno dos valores devidos pelo empresário aos próprio credores.

Caso se tratasse de uma crise estrutural, a célere retirada do empresário do mercado, com a liquidação dos ativos na falência, seria a solução mais ajustada.

2 GORNATI, Gilberto. *O modo de produção das leis de falência e concordatas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2023. p. 408.

3 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 287.

Dessa forma, a lógica subjacente da alteração legislativa foi a de que, ao conferir-lhes o poder de decisão, a LFR asseguraria que os ativos fossem direcionados para seu melhor aproveitamento, o que implicaria melhor retorno aos próprios credores.

Além disso, a LFR buscou criar incentivos econômicos adequados, partindo do pressuposto de que os credores, ao protegerem seus próprios créditos, tomariam necessariamente a decisão mais racional sobre a manutenção do devedor na condução de sua atividade (racionalidade econômica dentro de uma lógica de incentivos mais diretos para buscar informações e decidir sobre a eficiência econômica do devedor).

Nesse sentido, uma das principais justificativas para a mudança legislativa foi a percepção de falta de incentivos e conhecimento adequado pelos juízes. A Lei n. 11.101/2005 foi concebida sob a premissa de que a alocação de poder deveria ser feita àqueles que possuíam o maior incentivo para tomar ‘decisões corretas’ sobre a viabilidade da empresa e que suportariam os maiores custos de uma decisão equivocada.⁴

Em contrapartida, o Poder Judiciário não teria os mesmos incentivos para a melhor decisão, e eventuais equívocos judiciais afetariam apenas terceiros, não o próprio juiz. Adicionalmente, a verificação da viabilidade econômica de uma empresa é um processo complexo e custoso, muitas vezes incompatível com a estrutura e o conhecimento técnico exigido dos juízes.

Quanto à alocação do poder aos credores, não se pode deixar de destacar a influência de modelos estrangeiros, notadamente o *Bankruptcy Code* norte-americano, que desempenhou um papel significativo nos mecanismos adotados na LFR.

Ainda que haja discussões sobre a que tipo de jurisdição se trataria o processo de recuperação judicial, o Decreto-Lei n.

4 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Recuperação judicial: dos objetivos ao procedimento – Incentivos regulatórios do sistema de insolvência brasileiro*. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. p. 65.

7.661/1945, que vigorou até 2005 – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 – reproduzia a clássica versão do juiz natural pelo sistema de imparcialidade do magistrado que julgava o pedido de concordata.

Com a LFR, há uma aparente relativização desse modelo clássico de deliberação por um terceiro estranho ao feito, em presunção de total imparcialidade, na função de resolução da lide sem ter qualquer interesse (clássica definição de decisão por heterocomposição.⁵)

Na recuperação judicial, assim como na extrajudicial, os efeitos da imparcialidade, ao menos sob uma lógica racional, seriam atingidos por esse formato deliberativo coletivo.

Não se trataria, em verdade, de terceiros interessados como credores isolados, mas de uma ficção do ajuntamento desses credores, nomeada *Comunidade de Credores* ou *Comunhão*⁶ – que também consistiria em um terceiro. E a decisão dessa Comunidade, ainda que tomada por maioria, levaria, em tese, a um resultado tão ou mais efetivo do que a decisão por um magistrado singular imparcial, no que tange às verdadeiras condições de soerguimento do empresário.

Dessa forma, a decisão do magistrado singular teria sido substituída, em grande parcela, pela decisão dos credores em sinal da expectativa de uma melhor apuração quanto à viabilidade de recuperação do empresário. Restaria ao magistrado apenas o controle de legalidade do processo.

Destacam-se, ainda, outros sintomas enfrentados pela LFR, por exemplo, a superação da repressão histórica ao inadimplemento,

5 DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, 2002. p. 664.

6 SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares. *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 98.

rompendo com uma abordagem punitiva que permeava o sistema anterior e desconfiava da capacidade dos credores de tutelar o recebimento do crédito.

Mas o ponto que merece maior destaque, dessa transição do poder decisório do Poder Judiciário para os credores, consiste em um sintoma que recebe sempre maior notoriedade nas pesquisas e discussões acadêmicas: o reconhecimento do impacto dos aspectos psíquicos envolvidos no processo decisório – seja o dos juízes no processo de concessão de concordatas, seja pelo novo modelo adotado na LFR, segundo o qual os credores têm o poder decisório fundamental (ao magistrado competente, como dito, resta apenas questões de legalidade).

Segundo parcela da doutrina,⁷ o sistema anterior, centrado na figura do magistrado, expunha o processo de insolvência a uma série de vieses e limitações inerentes à atuação judicial, isto é, além dos incentivos – que pretendem sanar diversos sintomas reais – as decisões jurisdicionais estariam sujeitas, além da racionalidade, a aspectos psíquicos como vieses cognitivos e a influência de fatores externos que poderiam comprometer sua eficiência.

Ainda na fase do Decreto-Lei n. 7.661/1945, muitas vezes as decisões eram questionadas quanto à possível postura de se buscar, ao invés da aplicação do direito, uma decisão em que a “busca pela justiça social justificaria a quebra de contratos” e que o juiz deveria exercer uma “função social”.

Essa mentalidade poderia levar a decisões que priorizassem a continuidade da empresa a todo custo, mesmo economicamente inviável, em detrimento dos interesses dos credores – vieses como o da “representatividade” e da “ancoragem e ajuste” poderiam afetar as decisões, levando os juízes a se basearem em intuições ou dados par-

7 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Recuperação judicial: dos objetivos ao procedimento – incentivos regulatórios do sistema de insolvência brasileiro*. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. p. 76-77.

ciais em vez de se dedicarem a uma análise aprofundada da viabilidade.

Notória também é a tendência dos julgadores de se concentrarem nos “efeitos mais imediatos, facilmente perceptíveis e concentrados”, como a perda de empregos, em vez dos “mediatos”, como o consumo de recursos escassos e a deterioração dos ativos de uma empresa inviável em longo prazo.

O ambiente externo, incluindo taxas de desemprego locais, poderia igualmente influenciar a decisão dos juízes sobre a continuidade da atividade empresarial, o que os levava a prolongar a vida de empresas inviáveis para evitar impactos sociais imediatos, desconsiderando a sustentabilidade econômica em longo prazo.

Neste sentido, alguns estudos exploraram como diversas características dos juízes podem afetar os resultados dos processos de reestruturação de empresas, influenciando a probabilidade de recuperação, de falência, e de duração dos processos. Essas análises revelam que a atuação judicial, mesmo que inconsciente, pode introduzir *bias* (vieses) que desviam a decisão para além do mérito estritamente econômico ou legal do caso.

Um estudo nesse sentido é o *Biased Trials: Insights from Behavioral Law and Economics*,⁸ *que aborda como os ‘vieses implícitos’ impactam a tomada de decisão judicial e a justiça de diversas formas.*

Segundo o texto, utilizando-se especialmente dos *Vieses Raciais Implícitos (IRBs – ‘implicit racial biases’)*, que são preconceitos impulsionados por atitudes e estereótipos automáticos e/ou inconscientes que os indivíduos têm em relação a um grupo social específico identificado pela raça. O levantamento feito na pesquisa aponta que, ao contrário das crenças conscientes, os IRBs não são ‘rastreadei-

8 DOMINIONI, Goran. *Biased Trials: Insights from Behavioral Law and Economics*. Cham: Springer, 2020.

s', e podem levar uma pessoa a discriminar, mesmo que prefira não o fazer – influência de conteúdo inconsciente.

Outro recente estudo que aborda o tema é o *Biased judges? Judge characteristics and bankruptcy outcomes*,⁹ cujo objetivo é examinar a influência das características pessoais dos juízes nos resultados de processo de insolvência, aproveitando a atribuição aleatória de juízes aos casos.

O estudo revela que a probabilidade de uma empresa se recuperar de uma crise é afetada por fatores como a experiência do juiz na 'Grande Depressão', sua formação em economia, sua ideologia política, e se o caso está relacionado à sua cidade natal.

Como se observa no texto, juízes que cresceram durante a Grande Depressão (*Depression-baby judges*) são significativamente mais propensos à reestruturação da empresa (11% a mais).

A hipótese é que a experiência de choques macroeconômicos teriam os levado a superestimar os custos da perda de empregos, tornando-os mais avessos à falência, especialmente em empresas que possuem muitos funcionários.

Já juízes com formação em economia seriam menos propensos à reestruturação (15% mais propensos à falência). Sua formação, influenciada pelo campo do direito e da economia, enfatizaria a eficiência econômica, o que os torna menos simpáticos à proteção do trabalho e mais inclinados à liquidação. Este efeito é mais pronunciado em empresas com grande número de funcionários.

Além disso, a duração do caso é mais curta quando o resultado (falência) é consistente com a preferência do juiz (cerca de 5 meses a menos), e mais longa quando inconsistente.

Quando se tratou de juízes com ideologia política conservadora (Republicanos), entre 13% e 15% seriam propensos às falências.

9 KANG, Donghyun. *Biased judges? Judge characteristics and bankruptcy outcomes*. Department of Finance, Copenhagen Business School, 2022.

Alguns estudos apontam que o partido Republicano tende a apoiar legislação pró-credor, levando a uma inclinação mais favorável à liquidação, amplificada quando os credores têm maior participação, especialmente com dívida garantida. A duração do caso é mais curta quando a liquidação é o resultado, e mais longa quando há emergência (cerca de 10 meses mais longa).

Casos atribuídos a juízes locais (nos quais a empresa em falência está sediada no estado natal do juiz) têm uma probabilidade 17% menor de emergência, indicando maior propensão à falência. Embora juízes locais possam se preocupar com a perda de empregos na sua região, a análise sugere que a preocupação com os interesses dos credores locais domina a sua propensão ‘pró-trabalho’, levando a maior inclinação à liquidação quando os credores locais têm altos interesses.

Nota-se que os aspectos psíquicos apresentariam grande impacto na decisão dos magistrados nos processos de insolvência. Nesse sentido, a Lei n. 11.101/2005 pretendeu não apenas ‘modernizar’ o arcabouço legal de insolvência brasileira, mas, ao transferir o poder decisório aos credores, buscou mitigar os efeitos dos vieses judiciais e das limitações do sistema anterior.

Essa reconfiguração pretendeu assegurar que as decisões sobre o destino de empresas em crise fossem tomadas por aqueles que possuiriam os maiores incentivos econômicos e o conhecimento mais direto da viabilidade, promovendo, assim, uma alocação mais eficiente dos recursos e a preservação da empresa economicamente viável.

Mas, será que apenas a substituição da estrutura decisória – da decisão do magistrado para a Comunidade de Credores – seria suficiente para se atingir uma decisão efetiva sobre a viabilidade (ou não) de um empresário em crise? Quais são os fenômenos psíquicos dessa espécie de deliberação coletiva? Quais impactos esse fenômeno poderia gerar?

Nesta linha de raciocínio, destaca-se que tanto as decisões singulares quanto as coletivas são acometidas não só de vieses mas, tam-

bém, de outros fenômenos psíquicos que podem levar a desvios. Exemplo disso é a teoria do ruído da decisão – *noise*,¹⁰ decorrente dos estudos de Daniel Kahneman, Oliver Sibony e Cass R. Sunstein.

Em seguida, será abordado, de forma mais pausada, o fenômeno do ruído e os impactos que ele pode ensejar em um processo decisório decorrente de deliberações coletivas.

2. Erro do julgamento humano: dos vieses aos ruídos.

A proposta neste capítulo é a de percorrer a teoria do ruído, a partir da obra *Noise*, de Daniel Kahenman, que tem como objeto a abordagem do erro humano nos julgamentos, distinguindo o ruído do viés.

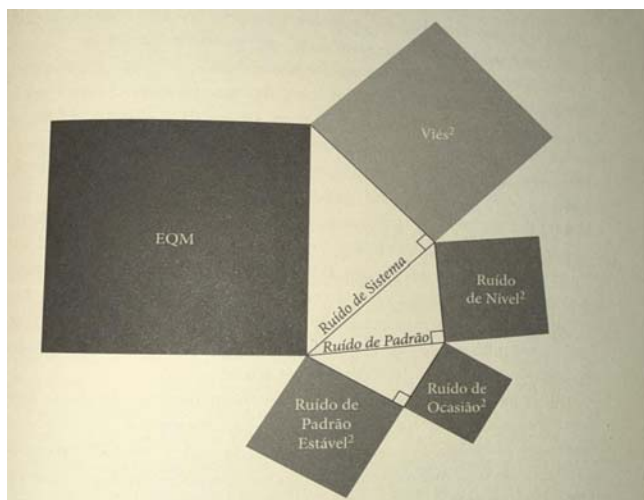
Segundo a obra, o julgamento humano seria, inevitavelmente, suscetível a dois tipos principais de erro: *viés* e *ruído*, cada qual representando desafios distintos no aprimoramento das tomadas de decisão.

O trabalho do autor adota a teoria da medição para equalizar as hipóteses de erro nos julgamentos. Assim como um instrumento de medição pode apresentar erros sistemáticos (*viés*) ou variabilidade nas leituras (*ruído*), a mente humana, como instrumento de medida do julgamento, está sujeita a ambos.

A precisão de um conjunto de medidas é determinada pela combinação desses dois tipos de erro. Conforme a fórmula proposta por Friedrich Gauss, a imprecisão total (representada pelo erro quadrático médio, EQM ou, em inglês, MSE *mean-square error*) é igual ao quadrado do viés somado ao quadrado do ruído ($EQM = viés^2 + ruído^2$). A lógica empregada pode ser melhor observada na figura abaixo, extraída da obra mencionada:

10 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

Figura 1 – Erro Quadrático Médio



Fonte: KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 205.

Como par do ‘cateto’ *viés*, haveria, então, o *ruído de sistema*, que equivaleria à raiz quadrada do *ruído de nível* e do *ruído padrão* (este, por último, decomposto da mesma maneira em *ruído de padrão estável* e *ruído de ocasião*). Esta relação matemática, por vezes contraintuitiva, sublinha que tanto o viés quanto o ruído têm igual peso na determinação da imprecisão global.

Assim, como um avanço da pesquisa iniciada na obra vencedora do prêmio nobel *Rápido e Devagar*, a nova pesquisa de Daniel Kahneman traz o *Ruído*, além de objeto de análise, como novo fenômeno que impacta diretamente no erro de julgamento humano, e que se divide em fatores: *ruído de nível* e *ruído padrão* (*ruído de padrão estável* e *ruído de ocasião*).

O viés é um componente do erro que se manifesta como um desvio sistemático e consistente do alvo:

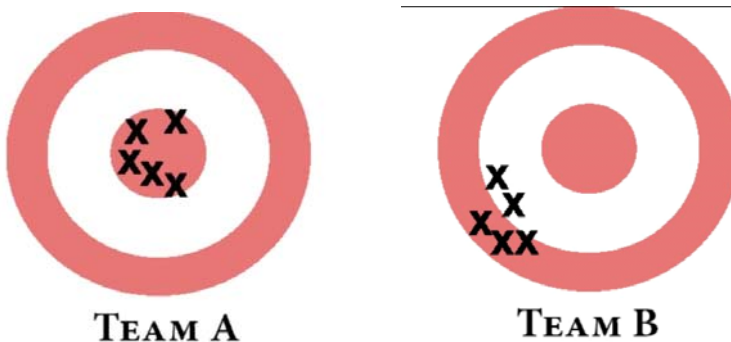
Dizemos que existe viés quando a maioria dos erros num conjunto de julgamentos vai na mes-

ma direção. O viés é um erro médio, como quando uma equipe de tiro consistentemente acerta abaixo e à esquerda do centro do alvo, quando executivos se mostram excessivamente otimistas sobre as vendas ano após ano, ou quando uma empresa continua a investir dinheiro em projetos falidos que deveria descartar.¹¹

Imagine-se uma equipe de tiro ao alvo cujos tiros erram o centro do alvo de maneira previsível, sempre para a mesma região. Esta consistência é um *viés*.

Como se em uma disputa de tiro ao alvo, enquanto o alvo, ao centro, consistiria na finalidade esperada (ou ainda ‘correta’, decorrente de uma decisão não enviesada e não ruidosa), haveria o entendimento enviesado de que o alvo estaria mais abaixo e à esquerda. Essa diferença pode ser verificada nas imagens abaixo entre os times A (entendimento não enviesado nem ruidoso) e B (entendimento enviesado).

Figura 2 – Tiros ao alvo com e sem enviesamento



Fonte: KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 9.

11 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 425.

Tomando como base a metáfora do time B, em julgamentos humanos, isso significa que os erros tenderiam a ir na mesma direção. O *viés* poderia ocorrer desde uma balança que sistematicamente adiciona peso, até gerentes que consistentemente superestimam prazos de projetos, empresas que continuam a investir em projetos inviáveis, agências governamentais com previsões orçamentárias irrealistas e otimistas.

Os vieses psicológicos são operações mentais simplificadoras (heurísticas, por exemplo¹²) que, embora úteis, podem levar a erros sistemáticos e previsíveis, pois produzem viés estatístico quando são amplamente compartilhados pelos indivíduos.

Por outro lado, o *ruído* é a variabilidade indesejada ou dispersão aleatória em julgamentos que, idealmente, deveriam ser idênticos. É a inconsistência nos “instrumentos de medição” (mentes humanas). Ao contrário do viés, que é um erro sistemático, o ruído é um erro imprevisível:

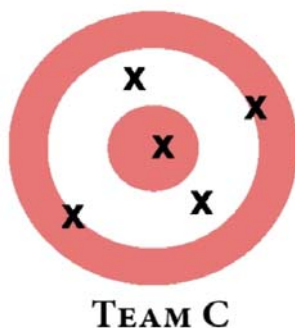
A eliminação do viés num conjunto de julgamentos não elimina o erro por completo. Os erros que permanecem quando o viés é removido não são compartilhados. Eles são a indesejada divergência dos julgamentos, a inconfiabilidade dos instrumentos de medição que aplicamos à realidade. São ruído. Ruído é a variabilidade em julgamentos que deveriam ser idênticos. Usamos o termo ruído de sistema para o ruído observado em organizações que empregam profissionais intercambiáveis na tomada de decisões, como médicos em um pronto-socorro, juízes proferindo sentenças criminais e corretores numa compa-

12 THALER, Richard H; SUSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tornar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 101

nhia de seguros. Boa parte deste livro é voltada ao ruído de sistema.¹³

Retomando a metáfora do tiro ao alvo, enquanto no enviesamento haveria a concentração de tiros em um ponto ainda que diverso do alvo, em uma interpretação ruidosa haveria a dispersão de entendimentos.

Figura 3 – Tiros ao alvo com ruído

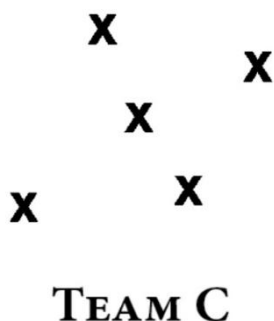


Fonte: KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. RJ: Objetiva, 2021. p. 9.

Fica mais clara a dispersão quando se retira o alvo, restando a análise apenas dos tiros. Nota-se, na figura abaixo, uma incapacidade de se verificar qual era o alvo pretendido, diferente do ocorrido na hipótese de enviesamento.

13 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 425.

Figura 4 – Tiros com ruído



Fonte: KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. RJ: Objetiva, 2021. p. 11.

A ilustração acima demonstra ainda que o ruído pode ser reconhecido e medido mesmo sem se conhecer nada a respeito do alvo, o que ocorre em razão da dispersão dos tiros no verso do alvo – sem se conhecer onde é o centro.

O *ruído*, tema principal da obra apontada, é a variabilidade não explicada que compromete a consistência e a precisão nas decisões individuais e organizacionais. Ao longo de várias seções, são exploradas as causas, os tipos setoriais, as ferramentas métricas e as soluções estruturadas para reduzir os componentes indesejados do erro do julgamento humano.

O texto explora vários exemplos práticos sobre julgamentos ruidosos. Nas sentenças criminais, por exemplo, há diferenças drásticas nas penas para crimes e réus similares, a depender do juiz, como ocorre nos casos de fixação de fianças.

Nos casos envolvendo análise de impressões digitais, constatou-se que examinadores divergiram entre si – e até consigo mesmos – ao compararem uma mesma digital (o mesmo ocorreu nos casos de concessão de patentes).

Ainda na seara judicial, quanto às decisões de asilo, as taxas de aprovação variam entre 5% e 88% entre diferentes juízes para pe-

didos semelhantes. E, nos casos de deliberação de questões não jurídicas, verifica-se o mesmo cenário.

Nas companhias de seguros, corretores/analistas chegam a valores amplamente diferentes para o mesmo risco ou sinistro, o que resulta em perdas financeiras significativas.

No mundo corporativo, a avaliação de um funcionário varia mais em função de quem a realiza do que do desempenho real; em uma entrevista de emprego, vários entrevistadores reagem de forma diferente ao mesmo candidato.

Conduta idêntica já foi constatada nos casos de diagnósticos médicos. Diferentes médicos oferecem múltiplos diagnósticos para o mesmo paciente (câncer de pele, cardiopatia, pneumonia, depressão, radiografias). Ao se avaliar vinhos, enólogos dão pontuações idênticas para o mesmo vinho em apenas 18% dos casos quando provado duas vezes.

Retornando à base teórica da pesquisa, o *ruído* – variabilidade indesejada em julgamentos feitos por profissionais intercambiáveis – poderia ser decomposto em *ruído de nível* e *ruído padrão*.

O ruído de nível consiste na variabilidade do nível médio de julgamentos feitos por diferentes juízes. Ele reflete as diferenças entre juízes em sua disposição geral de determinar sentenças mais ou menos severas (alguns são mais austeros, outros mais lenientes):

Como qualquer advogado de defesa poderá lhe dizer, alguns juízes têm reputação de austeridade, ou seja, são mais severos do que o juiz médio, enquanto outros são considerados compassivos, ou seja, são mais lenientes do que o juiz médio. Referimo-nos a tais desvios como erros de nível (Mais uma vez: erro definido aqui como um desvio da média; um erro pode na verdade corrigir uma injustiça, caso o juiz médio esteja errado).¹⁴

14 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes

Já o *ruído de padrão* refletiria a variabilidade nas respostas idiossincráticas dos juízes a casos particulares, além das diferenças de nível:

O ruído de sistema inclui outro componente, de um modo geral maior. Independentemente do nível médio de seus julgamentos, dois juízes podem diferir em sua opinião sobre quais crimes merecem as sentenças mais duras. Suas decisões de sentenças produzirão um diferente *ranking* de casos. Chamamos essa variabilidade de ruído de padrão (o termo técnico é interação estatística).¹⁵

O ruído de padrão, portanto, consistiria em um padrão complexo nas atitudes dos juízes em casos específicos. Por exemplo, um juiz pode ser mais austero que sua média pessoal em alguns casos e mais leniente em outros. É geralmente o componente mais significativo do *ruído de sistema*.

O *ruído de padrão* pode ser *estável* ou de *ocasião*. O primeiro representa a variabilidade nas respostas dos juízes a casos particulares que se deve a diferenças pessoais e persistentes entre os julgadores.

O que diferencia o ruído de padrão estável é que ele se origina de fatores permanentes ou duradouros na forma como um indivíduo específico reage a certas características de um caso, em contraste com o ruído de ocasião, que se deve a influências temporárias como o humor ou a sequência recente de casos:

Esse ruído de padrão estável reflete a singularidade de dos juízes: suas respostas aos casos são tão in-

Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 88.

15 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 429.

dividuais quanto suas personalidades. As sutis diferenças entre as pessoas são com frequência apreciáveis e interessantes, mas se tornam problemáticas quando os profissionais operam dentro de um sistema que pressupõe consistência.¹⁶

Já o *ruído de ocasião* seria um componente transitório do *ruído de padrão*, representando a variabilidade intrapessoal – a inconsistência de uma mesma pessoa ao julgar o mesmo caso em diferentes ocasiões:

Erros de padrão surgem por uma combinação de fatores transitórios e permanentes. Os fatores transitórios incluem os que descrevemos como fontes de ruído de ocasião, como o humor de momento do juiz ou alguma ocorrência recente que ocupe sua mente. Outros fatores são mais permanentes – por exemplo, o entusiasmo incomum de um empregador por pessoas vindas de determinadas universidades ou a propensão incomum de um médico em recomendar internação para pessoas com pneumonia. Uma equação simples descreve o erro em um julgamento isolado.¹⁷

É o produto de uma “segunda loteria” que seleciona o momento do julgamento, o estado de espírito do profissional, a sequência de casos recentes e outros aspectos transitórios da ocasião – suas principais fontes seriam humor, cansaço, clima, e efeitos de sequência (decisões anteriores influenciam a atual).

16 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 429.

17 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 234.

Embora surpreendente, o estudo aponta que o *ruído de ocasião* não seria, para a pesquisa, a maior fonte de ruído de sistema; as diferenças estáveis entre indivíduos (ruído de padrão estável) seriam mais significativas.

O texto ainda aborda instrumentos para se mitigar o *ruído*, nomeando o processo como higiene da decisão, uma abordagem abrangente para reduzir ruídos e promover melhores práticas organizacionais.

O conceito é comparado à lavagem das próprias mãos. Assim como lavar as mãos previne a entrada de micróbios desconhecidos no corpo, a higiene da decisão preveniria erros de julgamento sem se conhecer quais erros específicos estão sendo evitados.

Trata-se de uma profilaxia contra uma gama inespecífica de problemas potenciais. Essa mitigação envolveria uma combinação de abordagens processuais, metodológicas e psicológicas.

Um passo inicial e essencial consistiria na realização de uma auditoria de ruído, um experimento no qual múltiplos profissionais julgam os mesmos casos (reais ou fictícios) para revelar e quantificar a variabilidade indesejada em seus julgamentos.¹⁸

Além de medir o ruído, a auditoria pode identificar vieses, pontos cegos e deficiências em treinamento ou supervisão, servindo como um catalisador para mudanças operacionais na organização.

Além disso, resistir a intuições prematuras, isto é, atrasar a formação de uma conclusão intuitiva até que todas as evidências relevantes tenham sido coletadas e analisadas seria parte desse processo de higienização:

O terceiro princípio do julgamento estruturado, o julgamento holístico protelado, pode ser resumi-

18 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 325; 585, Apêndice A

do num preceito simples: não rejeite a intuição; deixe-a para depois. No Google, a recomendação de contratação final é feita em conjunto por um comitê, que revisa um arquivo completo com todas as classificações obtidas pelos candidatos em cada avaliação e em cada entrevista, além de outras informações relevantes que fundamentem essas avaliações. Com base nelas, o comitê decide se faz a proposta de contratação.¹⁹

A intuição, embora valiosa, deve ser informada e disciplinada, não um julgamento instantâneo. Controlar estritamente o fluxo de informações para limitar a formação de intuições prematuras é uma tática importante (*sequenciamento de informações*). Em áreas como a ciência forense, isso implica revelar informações apenas gradualmente e exigir que os julgamentos sejam documentados em cada etapa, prevenindo o viés de confirmação.

Como meios para se higienizar o *ruído* há algumas ações indicadas: utilizar juízes mais experientes, estruturar julgamentos complexos e se valer de diretrizes de julgamentos e algoritmos.

Mas, o método de higienização que aqui se destaca consiste numa deliberação coletiva em substituição à decisão individual, ou melhor, a agregação de diversos julgamentos individuais e, principalmente, independentes entre si, sobre uma mesma questão:

Obtenha julgamentos independentes de múltiplos juízes, depois considere agregá-los. O requisito de independência é em geral desrespeitado nos procedimentos das organizações, notavelmente em reuniões em que as opiniões dos participantes são moldadas pelos demais. Devido aos efeitos de cascata e à polarização de grupo,

19 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 364.

discussões coletivas com frequência aumentam o ruído. O simples procedimento de coletar os pareceres dos participantes antes da discussão não só revela a extensão do ruído como também facilita uma resolução construtiva das diferenças.²⁰

Ainda que a obra aponte a figura de julgamentos individuais por juízes, a lógica permaneceria aplicada a qualquer deliberação coletiva. A estratégia de higiene da decisão mais universalmente aplicável é agregar múltiplas estimativas independentes, geralmente calculando sua média.

Segundo a pesquisa realizada pelos autores, a média estatística reduz o *ruído* significativamente (por exemplo, 100 julgamentos reduzem o ruído em 90%). Significa dizer que, embora o ruído seja algo natural ao processo decisório – onde há julgamento há ruído, seja individual ou coletivo – a possibilidade das deliberações coletivas nas quais haja independência dos julgamentos individuais, em tese, reduziria esse *ruído* drasticamente.

Para serem eficazes, os julgamentos agregados deveriam ser verdadeiramente independentes, evitando a influência social que pode ampliar o *ruído*:

A média dos julgamentos independentes é uma garantia de redução do ruído de sistema (mas não do viés). O julgamento isolado constitui uma amostra de um, extraída da população de todos os julgamentos possíveis; e aumentar o tamanho da amostra melhora a exatidão das estimativas. A vantagem da média é ainda mais acentuada quando os juízes têm habilidades diversas e padrões de julgamento complementares. A média

20 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 438.

de um grupo ruidoso pode acabar sendo mais precisa que um julgamento unânime.²¹

A visibilidade do *ruído* como fonte crítica de erro ainda é limitada, em parte devido à predominância do pensamento causal sobre o vies. Mesmo assim, uma abordagem sistemática que prioriza auditorias organizacionais e a implementação de princípios estruturais tem o potencial de transformar profundamente a eficiência, a justiça e a confiabilidade dos julgamentos profissionais.

O *ruído otimizado* proposto pelos autores enfatiza um novo paradigma: não se trata de eliminar completamente o erro, mas de buscar decisões mais equilibradas, justas e sustentadas por evidências.

O estudo, todavia, adota como premissa para essa redução/higienização o uso de julgamentos individuais independentes. Nesse ponto, traz algumas considerações sobre outros fenômenos que poderiam, em uma deliberação coletiva sem julgamentos independentes, produzir novos tipos de erro no julgamento, o que potencializaria o próprio *ruído*.

3. Fenômenos potencializadores do ruído nas deliberações coletivas: influência social, cascatas informacionais e movimento de manada/rebanho.

Como se observa na obra de Daniel Kahneman, a deliberação em grupo pode ser positiva se todos compartilham o que sabem, mas a independência é pré-requisito para a ‘sabedoria das multidões’:

Sob circunstâncias propícias, em que todos compartilham o que sabem, a deliberação em grupo

21 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 438.

pode de fato ser positiva. Mas a independência é um pré-requisito para a sabedoria das multidões. Se, em vez de formular o próprio julgamento, a pessoa confia no que os demais acham, a multidão pode não ser tão sábia, afinal.²²

Neste sentido, em outro estudo, afirma Cass R. Sunstein:

*Of course, deliberation should not be confused with deference to experts. But genuine deliberation and reason giving might correct individual errors, rather than propagating them, in a way that allows convergence on the judgment of the most accurate group member.*²³

Se, no entanto, ao invés de um julgamento individual (e independente), as pessoas confiarem na percepção dos demais em vez de formarem seu próprio julgamento, a multidão poderá não ser sábia e a deliberação terá grandes chances de ser ruidosa.

Assim, ainda que *vieses* e *ruídos* sejam erros humanos comuns a todos os julgamentos (individuais ou coletivos), e que a deliberação coletiva possa ser uma forma de higienização das deliberações individuais isoladas, a maneira pela qual se dará a deliberação coletiva influenciará diretamente na diminuição – ou na potencialização – desse ruído.

Sob essa lógica, a partir de pesquisas que exploram o tema das deliberações coletivas, a independência dos julgamentos individuais como elemento estruturante pode ser colocada em xeque por vários fatores: seja por influência direta ou por algum mecanismo de

22 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 119-120.

23 SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 53-54.

defesa que envolva um sentido de preservação própria – em deliberações coletivas, os participantes podem não revelar argumentos por receio de estarem errados, de serem malvistas,²⁴ ou até mesmo por desconhecimento/falta de compreensão sobre o tema decidido, como aponta Cass R. Sunstein.²⁵

Nessas situações, é possível que as escolhas do grupo não reflitam as preferências individuais,²⁶ o que levaria à conclusão diversa da capacidade positiva de uma deliberação coletiva.

Em grupos de decisão, se um ou dois adeptos de uma ideia falam primeiro, esse fator poderá gerar um desvio do grupo todo (ou de boa parte dele).²⁷ O mesmo acontece se os céticos falam primeiro, caso os demais participantes se deixem influenciar.

Isso pode ocorrer até mesmo em ambientes de deliberação como tribunais, nos quais os magistrados acabam sofrendo influência similar. Julgadores, em geral, são vulneráveis a esses efeitos, especialmente no que envolve questões complexas ou incertas:

JUÍZES CONFORMISTAS. O comportamento e os julgamentos das pessoas sobre fatos, política e

24 “Todavia, sob determinadas circunstâncias, nem sempre é verdade que os grupos alcançam melhores resultados em suas decisões. O processo de deliberação não é imune aos efeitos produzidos pelas influências informacionais e reputacionais. Por força de tais influências, os participantes de uma discussão podem ser levados a não revelar seus argumentos, ou por receio de estarem errados ou por temerem ser mal vistos pelo grupo.” DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do Poder Judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Catarina, 2009. p. 68.

25 “*Many deliberating groups contain at least one expert on the question at hand; if group members listen to the expert, they will do at least as well as the expert does*”. SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 53-54.

26 SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy: what constitutions do*. New York: Oxford University, 2001. p. 41-42.

27 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 116.

Direito, não raro, são determinados em função de suas próprias crenças e convicções. Em particular, os julgamentos são ainda mais fortemente influenciados pelas convicções e crenças de outras pessoas. Os juízes, como qualquer pessoa, são influenciados uns pelos outros altamente vulneráveis às pressões sociais, que se evidenciam sob a forma de conformismo, cascatas e polarização.²⁸

Nesta parte do artigo, o objetivo é analisar os fenômenos que potencializam o ruído das deliberações coletivas, com destaque para a *influência social*, as *cascatas informacionais* e o movimento de manada/rebanho *herd* ou *herdin*. Embora haja literatura propondo a independência entre os fenômenos, há uma ligação estrutural entre eles:

Dando continuidade ao estudo dos fenômenos inseridos no processo de conformação, verifica-se que as influências sociais não repercutem apenas individualmente, produzindo o conformismo, mas podem fazer com que as pessoas, rapidamente e ao longo do tempo, movimentem-se em direções identificáveis, produzindo as chamadas “cascatas sociais”, que envolvem tanto uma disseminação de informação quanto uma crescente pressão social. Sob este enfoque, o comportamento humano é afetado em larga escala, produzindo visíveis movimentos de massa.²⁹

28 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do Poder Judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Catarina, 2009. p. 118.

29 *Ibidem*. p. 36.

O fenômeno das *influências sociais* consiste em fatores que marcam fortemente o comportamento e a crença individual das pessoas. Segundo Cass R. Sunstein,³⁰ elas se dividem em *influências informacionais* e *influências reputacionais*.

Nas *influências informacionais*, o indivíduo agiria ou acreditaria em algo porque as ações e as declarações de outras pessoas contêm informações valiosas sobre o que deve ser feito ou acreditado – segundo a pesquisa, as pessoas confiam nos sinais manifestados por outros.

Já nas *influências reputacionais*, o indivíduo ajustaria seu comportamento para preservar a própria reputação, mesmo que isso signifique não expressar o que realmente pensa ou acredita – haveria um desejo de balizar as expressões e ações públicas para proteger a posição social, temendo a rejeição do grupo.

O artigo *Social Influence and the Collective Dynamics of Opinion Formation*³¹ aborda diretamente a influência social ao defini-la como “o processo pelo qual indivíduos adaptam sua opinião, revisam suas crenças ou mudam seu comportamento como resultado de interações sociais com outras pessoas”.

Os autores destacam que a *influência social* desempenha um papel proeminente em fenômenos auto-organizados como o comportamento de manada (*herding*) em mercados culturais, a propagação de ideias e inovações, e a formação da opinião pública.

Investiga-se como a influência ocorre no âmbito individual (revisão de julgamentos após exposição à opinião e confiança de outros) e como ela se manifesta no âmbito coletivo.

30 SUNSTEIN, Cass R. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

31 SCHÖBEL, Marcus; RIESKAMP, Jörg; HUBER, Rafael. *Social Influence and the Collective Dynamics of Opinion Formation*. Social Influences in Sequential Decision Making. PLoS ONE 11(1): e0146536, 2016. Disponível em: 10.1371/journal.pone.0146536. Acesso em: 07 ago. 2025.

Já o fenômeno das *cascatas informacionais* ocorre quando o indivíduo começa a acreditar em algo simplesmente porque outras pessoas parecem aceitá-lo, deixando de confiar nas próprias opiniões e informações. As pessoas observam as ações ou as opiniões de outras pessoas e inferem informações a partir delas, isto é, usam esses dados para tomarem suas próprias decisões, muitas vezes ignorando as informações privadas e individuais:

[...] em grupos diversos, coisas assim acontecem o tempo todo. As pessoas aprendem umas com as outras, e se as primeiras a se manifestar parecem gostar de algo ou querer fazer algo, as demais podem consentir. Pelos menos se não têm motivo para desconfiar das demais e para acreditar que estejam erradas. Para nossos propósitos, o ponto mais importante é que as cascatas informacionais tornam o ruído nos grupos possível e até provável.³²

Esse cenário pode levar a um “comportamento de manada” (*herding*) no qual um grande número de pessoas segue o comportamento de uns poucos iniciais, mesmo que esse comportamento seja baseado em pouca informação ou equivocado:

[...] as influências sociais são um problema, porque elas reduzem a “diversidade de grupo sem diminuir o erro coletivo”. A ironia é que, embora múltiplas opiniões independentes, adequadamente agregadas, possam ter precisão extraordinária, até mesmo uma pequena influência social consegue produzir uma espécie de comportamento de manada que sabota a sabedoria das multidões.³³

32 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 122.

33 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes

Nessas situações, o fenômeno das *cascatas informacionais* pode levar a tomada de decisões equivocadas e injustificadas. Isso porque, o comportamento inicial de poucos indivíduos torna-se a causa direta do comportamento de inúmeros seguidores. As *cascatas informacionais* podem levar a julgamentos equivocados e a decisões prejudiciais ou perigosas, pois há o risco de que as pessoas falhem em revelar e agir conforme as informações que possuem. Quem participa de cascatas deixa de confiar na própria informação, reduzindo a qualidade de um “discurso público/coletivo”.

O tratamento das cascatas e da influência social também foi explorado na pesquisa *Effect of Regret Aversion and Information Cascade on Investment Decisions in the Real Estate Sector*,³⁴ a qual focou em testar empiricamente o efeito da cascata informacional (*information cascade*) como um viés comportamental nas decisões de investimento no setor imobiliário em países em desenvolvimento.

Na pesquisa mencionada, o termo *cascata informacional* descreve uma situação em que é ideal para uma pessoa seguir os passos de outra – ou seja, seguir o comportamento de outra pessoa – sem considerar a informação privada dessa pessoa.

De acordo com o texto, uma *cascata informacional* implica em concordar com as opiniões de outras pessoas apesar de ter informações incompletas, embora algumas das informações ausentes devam ser incluídas para se tomar uma decisão racional.

As cascatas informacionais reduzem a independência das decisões, enfraquecendo, por exemplo, o mercado imobiliário, uma vez que elas impedem que os tomadores de decisão compreendam sufi-

Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 120.

34 WANGZHOU, Kaixin; KHAN, ; HUSSAIN, ; ISHFAQ, ; FAROOQI, . Effect of regret aversion and information cascade on investment decisions in the real estate sector: the mediating role of risk perception and the moderating effect of financial literacy. *Front. Psychol.* 12:736753, 2021. Disponível em: 10.3389/fpsyg.2021.736753. Acesso em: 07 ago. 2025.

cientemente o valor real dos produtos, levando-os a formar suas opiniões com base na observação ao comportamento de outros.

O estudo ainda indica que a influência do comportamento de outros indivíduos pode ser tão grande que passa a dominar suas próprias informações, levando os tomadores de decisão a ignorar suas informações privadas.

Ao se retomar o texto *Social Influence and the Collective Dynamics*, relevante analisar as “dinâmicas coletivas da formação de opinião”, mais precisamente, os fenômenos descritos pelas cascatas informacionais em larga escala. São mencionados fenômenos como *herding* e a “propagação de ideias e inovações”, manifestações de cascatas sociais, incluindo as informacionais.

Em outro estudo, *How does herd behaviour impact the purchase intention? Explore the moderating effect of risk aversion in the context of Vietnamese consumers*, são abordadas as cascatas e a influência social primariamente por meio do conceito específico de comportamento de manada (*herd* ou *herd behaviour*).³⁵

O artigo analisa esse comportamento e como a adoção de informação (*information adoption*) afeta a intenção de compra (*purchase intention*) de consumidores vietnamitas, com foco no papel moderador da aversão ao risco (*risk aversion*), especialmente no contexto pós-pandemia de Covid-19.

O trabalho revela que as pessoas tenderiam a depender de sugestões, recomendações, persuasão e informações obtidas através da mídia como base primária para suas escolhas, pois os consumido-

35 ACTA PSYCHOLOGICA 241. 104096. Available online 1 December 2023 0001-6918/© 2023. Published by Elsevier B. V. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license, 2023. Disponível em: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>. Acesso em: 07 ago. 2025; PHAM, Minh; VO, Nhu Kieu Thi; TRAN, Sang Sang Thi; TO, Huy Hoang Tran; LAM, Bao Quoc. *How does herd behaviour impact the purchase intention? Explore the moderating effect of risk aversion in the context of Vietnamese consumers*. Ho Chi Minh City: Ho Chi Minh City Open University, 2023.

res frequentemente decidiam com base nos julgamentos de outros e utilizavam avaliações e seleções de produtos de outras pessoas como um sinal para suas decisões.

O texto define “comportamento de manada” como a imitação das ações de uma multidão depois de um indivíduo observar o comportamento de outros.

O fenômeno consistiria na tendência das pessoas repetirem o comportamento das outras, mesmo quando não concordam totalmente com a ação:

Herd theory describes how consumers are influenced by observing others before the behaviour and mimicking it even when their information supports a different behaviour. When individuals observe many others fulfilling a specific behaviour, this one is also more likely to achieve identical behaviour (Apuke & Omar, 2020).³⁶

Em psicologia social, esse fenômeno é definido como indivíduos que seguem decisões de grupo, anulando suas próprias preferências. É considerado o fenômeno comportamental com a influência mais significativa no processo de tomada de decisão de compra dos indivíduos.

A imitação dos outros é vista como uma atividade humana essencial. O fator crítico por trás do “comportamento de manada” é uma característica fundamental da mente humana: consenso ou receptividade a normas sociais. Outro fundamento está pautado no fato de que, ao se juntarem a uma multidão, os indivíduos se sentem seguros e acreditam que a possibilidade de risco é mínima.

36 APUKE, Oberiri Destiny; OMAR, Bahiyah. Fake news and COVID-19: modelling the predictors of fake news sharing among social media users. *Telematics and Informatics*, v. 56. p. 1-13, 2020.

Outras pesquisas apontam situações ligadas aos fenômenos da *influência social* e das *cascatas informacionais*. Exemplos citados ocorrem nas decisões cotidianas nos quais o indivíduo agiria conforme o que os outros dizem e fazem, pois há uma tendência natural a se ‘curvar’ ao padrão de conduta moral predominante e estigmatizar dissidentes³⁷. Pressões sociais, afinal, funcionam como instrumento para contingenciar o dissenso.

O mercado financeiro é um exemplo objeto dessas pesquisas. Cascatas podem iniciar com pessoas investindo em determinadas ações da bolsa. Outras irão seguir o movimento acreditando que os primeiros agentes estão corretos ou simplesmente desejando aprovação social.

O estudo de Salganik e coautores³⁸ sobre *downloads* de música adota a visão de que os indivíduos não tomam decisões de forma independente, uma vez que são influenciados pelo comportamento de outros:

An alternate explanation that accounts for both inequality and unpredictability asserts that individuals do not make decisions independently, but rather are influenced by the behavior of others (11, 12). Stochastic models of collective decisions that incorporate social influence can exhibit extreme variation both within and across realizations (4, 13, 14), even for objects of identical quality (3, 15)

37 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do Poder Judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Catarina, 2009.

38 SALGANIK, Matthew J.; DODDS, Peter Sheridan; WATTS, Duncan J. Experimental study of inequality and unpredictability in an artificial cultural market. *Science*, v. 311. p. 854-856, 2006; SALGANIK, Matthew J.; WATTS, Duncan. Leading the herd astray: an experimental study of self-fulfilling prophecies in an artificial cultural market. *Social Psychology Quarterly*, v. 71, 2008. p. 338.

Nesse sentido, a pesquisa de Daniel Kahneman, citando o trabalho de Salganik *et. al*, confirma como as influências sociais gerariam naturalmente ruído entre grupos:

Os padrões são semelhantes aos observados por Salganik e seus coautores: um crescimento inicial de popularidade se autorreforça, enquanto se uma proposta atrai pouco apoio no primeiro dia ela está essencialmente condenada. Na política, como na música, muita coisa depende das influências sociais e, em particular, de nossa percepção da atração ou repulsa da parte dos outros.³⁹

Conclusão.

Como base no percurso transcorrido neste artigo, procura-se, então, responder às perguntas inicialmente formuladas, ainda que parcialmente.

A deliberação coletiva de credores, no processo de recuperação judicial, consistiria em um julgamento ruidoso?

A resposta é positiva. Ainda que a estrutura decisória, com a promulgação da LFR, tenha adotado como meio a deliberação coletiva para se decidir sobre a viabilidade do empresário em crise, o trabalho de Daniel Kahneman indica uma vinculação natural entre o julgamento humano e a presença do ruído. Sempre que houver julgamento haverá ruído.

A presença de ruído, ainda que natural, tenderia a ser menor do que o ruído decorrente de julgamentos individuais, principalmente se houver a agregação de julgamentos independentes. Assim, em

39 KAHNEMAN, Daniel. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

tese, julgamentos decorrentes de deliberações coletivas tenderiam a ser menos ruidosos do que julgamentos individuais isolados.

E aqui, talvez o ponto relevante no qual a resposta à pergunta ‘Uma deliberação coletiva pode ser mais ou menos ruidosa do que uma deliberação individual?’ consistiria em ‘depende’. Isto porque, uma resposta assertiva dependeria da capacidade de se atingir julgamentos individuais autônomos.

Se as deliberações coletivas decorressem da agregação de julgamentos individuais autônomos, a presença do ruído, ao final da deliberação coletiva, tenderia a ser menor.

Nessa linha, se verificada a principal forma de deliberação de credores nos processos de recuperação judicial, qual seja, a Assembleia Geral de Credores (AGC), é possível apontá-la como um campo fértil para a ocorrência dos fenômenos citados, tanto de *influência social*, quanto de *cascatas informacionais* e eventuais movimentos de manada (*herd*).

Ademais, independentemente de ser realizada na modalidade presencial ou virtual, tanto a provável negociação entre as partes havida na AGC, como o momento de votação do plano de recuperação judicial não ocorrem secretamente, o que pode influenciar os demais credores que votarem posteriormente.

E é, sobretudo, no momento da deliberação que poderá ocorrer a influência potencializadora de ruídos.

Nesse sentido, questiona-se: Seria o caso da tomada dos votos dos credores ocorrer de forma secreta em AGC, tornando-se público apenas ao final da votação?

Não se sabe, até mesmo porque, além da AGC, a deliberação dos credores pode ocorrer por termos de adesão apresentados junto aos autos. Se a forma de apuração da votação for alterada em razão desses fenômenos, deveria também ser repensada a forma de apresentação (art. 45-A da LFR). Ainda assim, a ocorrência dessas duas

últimas hipóteses não puderam ser verificadas, portanto, não pode ser alvo de qualquer conclusão intuitiva.

A despeito disso, não se descarta que esses fenômenos possam impactar, com cargas de ruídos diferentes, a formação da deliberação coletiva em AGC. O tema, em razão de sua importância, merece estudos e verificações mais aprofundadas.

Dessa forma, ainda que seja possível potencializar os ruídos por meio desses fenômenos, os benefícios decorrentes da deliberação coletiva, assim como a expectativa da deliberação como forma de higienização tenderiam, em tese, a superar os riscos de uma suposta ausência de independência na agregação dos julgamentos individuais.

Mesmo assim, o aprofundamento da pesquisa sobre as deliberações coletivas, e principalmente, naquelas decorrentes das AGCs, poderá melhor não só responder às questões propostas no início deste artigo como aprimorar a forma pela qual ocorrem as deliberações coletivas nos processos de recuperação judicial.

A APLICABILIDADE DA DISCIPLINA DO TRESPASSE À ALIENAÇÃO DE UNIDADE PRODUTIVA ISOLADA (UPI)¹

THE APPLICABILITY OF SUCCESSION OF BUSINESS UNDERTAKING'S RULE TO SALE OF AN ISOLATED PRODUCTION UNITY (UPI)

*Marcelo Viveiros de Moura**
*Miguel Arraes***

Resumo: Este artigo trata do regime legal aplicável à alienação de estabelecimento comercial no âmbito de processo de recuperação judicial de sociedade empresária, adotado o formato de unidade produtiva isolada. A transferência do estabelecimento é disciplinada em diversos diplomas normativos, como o Código Tributário Nacional, a Consolidação das Leis do Trabalho e, especialmente, o Código Civil. Busca-se identificar de que maneira esse tratamento geral pode ser compatibilizado por aquele específico da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, em observância aos princípios constitucionais relevantes.

Palavras-chaves: Estabelecimento comercial. Trespasse. Unidade Produtiva Isolada. Recuperação Judicial.

Abstract: This article examines the legal regime applicable to the sale of a commercial establishment in the context of judicial reorganization proceedings of a business corporation, when structured as an isolated production unit (UPI). The legal treatment of such trans-

¹ Artigo recebido em: 29.09.2025 e aceito em: 24.11.2025.

* Mestre em Direito (LLM) pela *Cambridge University*. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ex-Professor de Direito Societário da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Sócio da área empresarial do Pinheiro Neto Advogados. E-mail: mvmoura@pn.com.br

** Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado associado na área empresarial do Pinheiro Neto Advogados. E-mail: marraes@pn.com.br

fers is articulated across multiple normative sources, including the Brazilian National Tax Code, the Consolidation of Labor Laws, and, most notably, the Civil Code. The objective is to analyze how this general regulatory framework interacts with the specific regime established by the Brazilian Business Reorganization and Bankruptcy Law, in light of the guiding constitutional principles.

Key-words: Commercial establishment. Transfer of commercial establishment. Isolated Productive Unit). Judicial reorganization.

Sumário: Introdução. 1. A alienação de estabelecimento comercial. 2. A compatibilização da disciplina do trespasse com o regime legal de venda em UPI. Conclusão.

Introdução.

A Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF), quando trata da venda de ativos da empresa em recuperação judicial, tem uma importante finalidade: majorar o quanto possível o preço dos bens alienados,² a fim de possibilitar a máxima satisfação dos créditos concursais. Por outro lado, visa — em oposição às regras aplicáveis às falências, que já não têm o soerguimento da empresa como objetivo — à proteção da atividade empresarial, na medida em que a preservação da saúde financeira da sociedade empresária é instrumental à tutela dos interesses dos credores extraconcursais, dos empregados e dos titulares de participação societária de emissão da recuperanda, bem como à maximização da eficácia do princípio da preservação da empresa.³

2 “O objetivo primordial dos procedimentos competitivos de venda de ativos na recuperação judicial é incentivar a arrematação pelo maior preço de venda do bem” (GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Novas tendências para a venda de ativos na recuperação judicial: avanço ou retrocesso do novo regime de impugnações? *Revista Semestral de Direito Empresarial*, nº 27. p. 110, 2020).

3 “Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica,

Diante desse arcabouço teleológico, o legislador estruturou um sistema de venda de ativos, sob o processo de recuperação judicial, por meio da alienação das chamadas unidades produtivas isoladas (UPIs), cuja instituição tem a carga eficaz de liberar os ônus que recaiam sobre o objeto da venda e de afastar a sucessão do adquirente nas situações jurídicas creditórias passivas da recuperanda.⁴ Em que pese a indeterminação jurídica e semântica desse conceito, que não havia sido empregado na legislação pátria previamente à vigência da LREF, a doutrina vinha se encaminhando, de forma mais ou menos pacífica, para afirmar que o conteúdo de uma UPI deveria ser, necessariamente, um ou mais estabelecimentos comerciais titularizados pela recuperanda.⁵

Não obstante, a reforma da LREF de 2020 conferiu substância e detalhamento, em abstrato, ao conteúdo da UPI, que, por força do artigo 60-A de referida lei, contrariando a doutrina majoritária, deixou de estar adstrito ao estabelecimento comercial e passou a comportar bens singulares ou mesmo participações societárias.⁶ Se, por um lado,

cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, já muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas” (CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. a 73, n. 4, out/dez 2007. p. 40).

4 BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 297.

5 TOLEDO, Paulo F. C. S. de; POPPA, Bruno. UPI e estabelecimento: uma visão crítica. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 277.

6 Art. 60-A. A unidade produtiva isolada de que trata o art. 60 desta Lei poderá abranger bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, isolados ou em conjunto, incluídas participações dos sócios.

a alteração legislativa se alinhou à ora enunciada finalidade primeira das alienações de ativos em processos de recuperação judicial — i.e., a maximização dos resultados da venda, condizente com o aumento da liberdade de organização de ativos em UPI e consequente ampliação na capacidade de adaptar-se às demandas do mercado —, por outro, parece contradizer as premissas lógicas da venda de UPI.

Afinal, é precisamente a alienação de estabelecimento comercial que atrai regras específicas de sucessão do adquirente nas obrigações do alienante, potencialmente fazendo minguar o interesse do mercado nos ativos. Isso justificaria um regime mais protetivo do arrematante, capaz, portanto, de viabilizar negócios benéficos ao vendedor.

Assim, ainda que a recente reforma da lei tenha, à revelia do melhor tratamento sistemático, expandido o universo do que possa constituir uma UPI, parece correto afirmar que as regras atinentes a essa modalidade especial de alienação de ativos se destinam a derrogar, ao menos em parte, a disciplina mais restritiva prevista no Código Civil aplicável à compra e venda de estabelecimento comercial. Impõe-se ressaltar, contudo, que nem todas as normas incidentes sobre o trespasse guardam incompatibilidade com as provisões da LREF. Desse modo, pretende-se delinear, em observância à LREF, conforme alterada, e ao Código Civil, o regime jurídico aplicável à compra e venda de estabelecimento comercial quando este compuser uma UPI, tomando por premissa que, naqueles pontos em que a LREF não afasta a disciplina do Código Civil, esta segue vigente e deve, portanto, ser aplicada.⁷

7 “[A] Lei da Recuperação e da Falência apresenta alterações ao direito das obrigações em geral e mesmo em relação ao direito empresarial, porque o Código Civil, ao unificar parcialmente o direito das obrigações, não criou um conjunto de regras para a empresa insolvente, tarefa cumprida pela lei especial. [...] Em síntese, o direito falimentar apenas adapta o direito das obrigações, nos casos que menciona, para os fins a que se destina: a recuperação da empresa insolvente e o pagamento de credores” (BOITEUX, Fernando Netto. Contratos bilaterais na recuperação judicial e na falência. In: SANTOS, Paulo Penalva. (Coord.). *A Nova lei de falências e de recuperação de empresas – lei n. 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 287).

1. A alienação de estabelecimento comercial.

O estabelecimento comercial, nas palavras de J. X. Carvalho de Mendonça, “designa o complexo de meios idôneos materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio.”⁸ É universalidade de fato, distinguindo-se dos elementos que o compõem, e podendo, na forma do parágrafo único do artigo 90 do Código Civil,⁹ ser objeto de relações jurídicas próprias. Só pode existir na medida em que o empresário vincule, em ato de vontade, determinado conjunto de bens a uma mesma finalidade, qual seja, o exercício da empresa.¹⁰ É precisamente o escopo comum que atribui

8 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Vol. VI, Parte II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 15.

9 Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

10 Fábio Ulhoa Coelho fornece sucinta definição para o conceito de empresa: “[s]e empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços”. Esclarece, quanto às origens da teoria da empresa – vigente hoje no direito brasileiro – que “[e]m 1942, na Itália, surge um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares. Nele, alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de teoria da empresa. O Direito Comercial, em sua terceira etapa evolutiva, deixa de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia) e passa a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12). Waldemar Ferreira explica, ainda, que o Código Civil Italiano de 1942 “não conceituou a empresa em geral, muito menos a empresa mercantil, a despeito de haver disciplinado uma e outra. Houve, porém, o estabelecimento comercial, ou seja, a *azienda*, como ‘o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa’”. Sob o influxo desse dispositivo observou Giuseppe Valeri confundirem alguns, ao menos terminologicamente, *impresa* e *azienda*, quando lhe parece claro que se trata de duas entidades distintas: a primeira é categoria dos fatos jurídicos, e, ao menos potencialmente, organização de pessoas, sujeitos de direito; e a segunda é organização de bens, a enquadrar-se na categoria dos objetos de direito. Não apresenta esta, relativamente àquela, senão função instrumental, necessária e constante; e, conceitualmente, contrapõe-se-lhe, como o meio ao fim” (FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito comercial*. Vol VI. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 88-89). Destaque-se que a definição de estabelecimento do Código Civil Italiano de 1942 muito se

o caráter de unidade ao conjunto de bens que forma o estabelecimento comercial.¹¹

Os elementos que compõem o estabelecimento, como é de se esperar, dependerão dos ramos de atividade empresarial desenvolvidos pelo empresário. Quanto aos bens corpóreos, como maquinário, mercadorias, imóveis,¹² dentre outros, não parece haver dúvidas de que, se empregados no exercício da empresa, podem compor o estabelecimento. No entanto, a doutrina diverge quanto à possibilidade de bens incorpóreos — como direitos creditórios, ponto comercial, nome empresarial, marcas, aviamento¹³ e clientela,¹⁴ se é que todos

aproxima daquela constante do atual Código Civil Brasileiro: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

11 “O estabelecimento comercial é simples universalidade de fato. Êsse conjunto de coisas, criado, constituído e dirigido pela vontade do homem, apresenta o caráter próprio, distinto dos seus elementos componentes, ainda que estes não se constituam de coisas materiais, podendo, como tal, ser objeto de atos jurídicos. Mas, cada um dos elementos que o formam, conserva a sua individualidade. Por meio dêsse agrupamento de valores, procura-se realizar um fim comum. Eis como se compreende a sua unidade, tendo-se em vista a sua destinação. O estabelecimento comercial não tem, pois, existência autônoma; é uma coisa. Variável na sua composição, mantém-se, não obstante, sempre o mesmo, apesar das mudanças ou transformações por que passem os seus elementos, à medida das conveniências do exercício do comércio. O passivo não entra na sua composição” (CARVALHO DE MENDONA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Vol. VI, Parte II. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960).

12 Não estamos alheios à discussão sobre a possibilidade de inclusão dos bens imóveis no estabelecimento. Rubens Requião, por exemplo, sugere que os imóveis não compõem o estabelecimento, já que este na sua unidade seria uma coisa móvel, não podendo comportar coisas imóveis (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 352). Todavia, não podemos concordar com tal posicionamento, na medida em que sendo o imóvel bem e podendo ser empregado no exercício da empresa, deve poder compor o estabelecimento. Filiamo-nos, portanto, à corrente defendida por Oscar Barreto Filho (BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial – fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 155 e 201).

13 “Quando o comerciante reúne bens de variada natureza, como as mercadorias, máquinas, instalações, tecnologia, prédio etc., em função do exercício de uma atividade, ele agrega a esse conjunto de bens uma organização racional que importará em aumento do seu valor enquanto continuarem reunidos. Alguns autores usam a expressão ‘aviamento’ para se referir a esse valor acrescido” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 57-58).

esses possam ser assim classificados — e, também, dívidas e contratos, integrem o estabelecimento.¹⁵

Parece correto afirmar que todos os elementos que possam ser classificados como bens — i.e, como explica Serpa Lopes, “tôdas as coisas que, podendo proporcionar ao homem uma certa utilidade,

14 A respeito da venda da clientela (ou freguesia) como componente do estabelecimento, assevera Clovis Bevilacqua: “No direito commercial, é lícito que, na venda de um estabelecimento, se leve em conta a freguezia, para a elevação do preço. No direito civil, porém, não há venda de clientela” (BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. IV. 9ª ed. Atual. Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953. p. 292). Em sentido contrário, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa: “Não se considera clientela elemento do estabelecimento empresarial, mas seu atributo [...]. Em outras palavras, não dispõe o empresário ou sociedade empresária de suposto direito à clientela” (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 371).

15 Waldemar Martins Ferreira defende poder compor o estabelecimento todo tipo de propriedade comercial, industrial, literária, artística e imaterial, bem como dívidas ativas e passivas (FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito comercial*. Vol VI. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 99-100; e FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. Vol II, t. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 59-61 e 394). Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barbosa consideram que a maioria dos bens incorpóreos pode compor o estabelecimento, como ponto comercial, patentes, marcas e créditos, mas descartam o aviamento, por sua falta de “autonomia e proteção específica”, e a clientela, que seria mero “atributo empresarial” (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 363). João Eunápio Borges sugere que créditos ou dívidas ativas, direito de exclusividade par uso do título ou nome do estabelecimento e respectiva insígnia, marcas de indústria e de comércio, patentes, modelos de utilidade, modelos industriais, direito ao ponto podem compor o estabelecimento, mas não a firma ou nome empresarial, pois “designa a pessoa do comerciante e não seu estabelecimento” (BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 288-289). Giuseppe Valeri considera que podem compor o estabelecimento bens corpóreos ou incorpóreos, mas não os serviços ou direitos (VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Vol II. Florença: Casa Editrice Dott, Carlo Cya, 1948. p. 7). José Xavier Carvalho de Mendonça exclui categoricamente as dívidas do conteúdo do estabelecimento (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Vol. VI, Parte II. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 20). Rubens Requião elimina os contratos e as relações jurídicas como elementos do estabelecimento, na medida em que não são bens (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. I. 32 ed. So Paulo: Saraiva, 2013. p. 353).

são suscetíveis de apropriação privada”¹⁶ —, devem ser considerados possíveis componentes do estabelecimento, desde que empregados na atividade empresarial. Consequentemente, não sendo contratos e dívidas bens, ficariam excluídos de referida universalidade de fato.

Não obstante, o artigo 1.146 do Código Civil¹⁷ imputa ao adquirente do estabelecimento comercial, a partir da publicação do contrato que tenha previsto sua venda (se para débitos vencidos) ou da efetiva data de vencimento da dívida (se para débitos vincendos), responsabilidade pelas dívidas cíveis do alienante, desde que contabilizadas, relacionadas ao estabelecimento e anteriores ao trespasse. Prevê, ainda, que o alienante responde solidariamente ao novo titular pelo prazo de um ano.

Quanto às dívidas tributárias e trabalhistas, o Código Tributário Nacional (CTN)¹⁸ e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),¹⁹ respectivamente, também determinam que o patrimônio do trespas-

16 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 354.

17 Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

18 Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;
II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. [...]

19 Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.
[...]

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

sário passa a garanti-las, mas delas não se exige a escrituração para que sejam oponíveis ao novo titular do estabelecimento.

O adquirente, especificamente no caso das dívidas tributárias, responde integralmente perante a Fazenda Pública se o alienante cessar sua atividade empresarial e subsidiariamente em relação ao trespasante se este permanecer exercendo empresa ou, cessando esta, se der início a nova atividade empresarial nos seis meses posteriores ao trespasse, não produzindo efeitos perante o fisco qualquer disposição contratual em contrário.²⁰

Adicionalmente, a doutrina diverge quanto à responsabilidade do alienante em relação aos débitos trabalhistas relacionados ao estabelecimento, assistindo razão àqueles que defendem que alienante e adquirente respondem, indistintamente, pelos débitos trabalhistas, restando afastado o prazo decadencial de um ano para a responsabilidade do trespasante, em função do regime mais protetivo previsto na CLT.²¹⁻²²

No mesmo sentido, o Código Civil, em seu artigo 1.148,²³ determina que a transferência do estabelecimento comercial provoca a

20 Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

21 BORGES, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial*: delimitação do conceito, efeitos e modalidades. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 58-60.

22 “Está protegido, de modo particular, o credor trabalhista do alienante do estabelecimento empresarial. Nos termos do art. 448 da CLT, que consagra a imunidade dos contratos de trabalho em face da mudança na propriedade ou estrutura jurídica da empresa, o empregado pode demandar o adquirente ou o alienante, indiferentemente. É certo, também, que enquanto não prescrito o direito trabalhista, o alienante responde, mesmo que já vencido o prazo anual do Código Civil” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 62).

23 Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

sub-rogação de seu novo titular nos contratos relacionados ao estabelecimento, ressalvados os que estipulem obrigações personalíssimas. Atenua, no entanto, o regramento ao possibilitar a rescisão dos contratos pela contraparte em até noventa dias contados da publicação da transmissão de titularidade, caso haja justa causa.²⁴

Pode-se dizer, portanto, que a disciplina do Código Civil estabelece, como regra, que as dívidas cíveis, quando contabilizadas, e os contratos relacionados ao estabelecimento acompanham o conjunto de bens, e não propriamente o seu titular original. Não se pode concluir, contudo, que tais elementos componham o estabelecimento, posto que, como já esclarecido, não podem ser classificados como bens. Tal entendimento colidiria com o artigo 1.142 do Código Civil, que define estabelecimento como “complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”²⁵, bem como com a redação do artigo 90 do Código Civil que categoriza universalidade de fato como “a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”.

Mais adequado parece ser entender que a transmissão de situações creditórias passivas²⁶ ou de posições contratuais²⁷ relacio-

24 “Permite-se a terceiros rescindir os contratos firmados com o alienante no prazo decadencial de noventa dias. Para tanto, devem apresentar justa causa que legitime a resilição. Consideram-se motivos autorizadores de tal comportamento, por exemplo, a existência de protestos em nome do adquirente ou de ações judiciais contra este intentadas. [...] O prazo conta-se da publicação da transferência [...]. Caso a justa causa se fundamente em conduta do alienante, responderá este pelos prejuízos causados ao adquirente” (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 373-374).

25 Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

26 Em sentido contrário à posição aqui defendida, de que as dívidas não são elemento do estabelecimento, v., além de Waldemar Martins Ferreira (conforme indicado na nota de rodapé número 12), Luiz da Cunha Gonçalves: “[é] fácil calcular a variedade de bens que ficam abrangidos num estabelecimento. Êstes bens podem ser separados em dois grupos: o activo e o passivo. [...] O passivo do estabelecimento é constituído por débitos de natureza comercial. Sendo a soma destes débitos deduzida do valor activo, teremos o património líquido do comerciante, património distinto do que lhe pertence como pessoa civil, embora também este

nadas ao estabelecimento provém do regime legal decorrente da transferência do estabelecimento, mas que, nem por isso, chegam tais elementos a compor a universalidade de fato, transferida em decorrência da vontade das partes declarada por meio de contrato de alienação do estabelecimento.

Chama-se, referido instrumento pelo qual se aliena o estabelecimento, contrato de trespasse. É definido como o negócio pelo qual uma parte se obriga perante a outra a transferir a titularidade do estabelecimento comercial unitariamente. Distingue-se dos contratos de alienação de participação societária na medida em que, destes últimos, não decorre a transferência de titularidade do estabelecimento (com todos os bens que nele estão contidos), posto ser a sociedade, não o sócio, sua titular.²⁸

Nesse sentido, ressalte-se que o contrato de trespasse não produz efeitos dispositivos, ou seja, não provoca, simplesmente pelo acordo das partes quanto à alienação do estabelecimento, efeitos de transmissão da universalidade de fato, como parecem crer alguns au-

seja garantia daqueles débitos" (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1950. p. 165-166).

27 Em sentido contrário à posição aqui defendida, de que contratos não são elemento do estabelecimento, v. Nelson Eizirik: "[...] compõem o estabelecimento os contratos que lhe são estritamente vinculados e que necessariamente o seguirão no caso de alienação, tais como os de locação, franquia, leasing, fornecimento, distribuição, prestação de serviços, entre outros, mas, desde que esteja presente o elemento da essencialidade, isto é, que a atividade empresarial não possa ser desenvolvida sem a continuidade de tais contratos" (EIZIRIK, Nelson. *Trespasse e sucessão irregular. Elementos caracterizadores*. In: EIZIRIK, Nelson. *Direito societário: estudos e pareceres*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 762). Não obstante esse posicionamento, o autor afirma que "[o]s contratos de trabalho e as relações jurídicas deles decorrentes não são bens e, por este motivo, a princípio, não podem ser caracterizados como elementos do estabelecimento, constituindo, outrossim, instrumentos por meio dos quais o empresário exerce a sua atividade" (EIZIRIK, Nelson. *Trespasse e sucessão irregular. Elementos caracterizadores*. In: EIZIRIK, Nelson. *Direito societário: estudos e pareceres*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 762). Ora, a mesma lógica deveria aplicar-se aos demais contratos, que, por não serem bens, não podem ser considerados elementos do estabelecimento.

28 TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 366.

tores.²⁹ Também não exige, como defendem outros doutrinadores, a prática de um negócio jurídico dispositivo abstrato (i.e., tutelado de forma independente do negócio causal que lhe originou), o chamado acordo de transmissão, acompanhado das formalidades legais, para que ocorra a transferência da titularidade sobre o estabelecimento.³⁰

A compreensão mais adequada e alinhada com a sistemática do direito brasileiro é a de que o contrato de trespasse produz a obrigação de transferir o estabelecimento. Assim, gera, para seu titular, o dever de realizar uma prestação, i.e., executar determinada conduta: no caso em questão, praticar os atos necessários à transmissão da titularidade do estabelecimento (obrigação de dar).³¹

29 “Cabendo ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor dele, no seu todo e em suas partes ou elementos componentes, lícito lhe é transferi-lo, unitariamente, ou seja, trespasá-lo. Trespasse é o ato de trespassar, passar além, passar a outrem, dar, ceder, alheiar, a título oneroso ou gratuito. [...] Quando se diz que certo comerciante trespasou seu estabelecimento, o que se afirma é que este foi transferido” (FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. Vol VI. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 386-387). O pensamento se aproxima daquele vigente nos sistemas francês, italiano e português, que adotam o princípio da transmissão de direito real pelo consentimento.

30 Na gênese desse pensamento está o sistema alemão de transmissão de propriedade, conforme explicado por Karl Larenz: “La transmisión de la propiedad es regulada por la ley en el Derecho de cosas. Esta transmisión, cuando se refiere a cosas muebles, exige, por regla general, su entrega y el ‘acuerdo’ de ambas partes de ‘transmitir la propiedad’ [...]. El ‘acuerdo’ exigido no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un contrato ‘real’ diferente del de compraventa, cuyo único contenido es precisamente que ‘la propiedad sea transmitida’. Además, este contrato ‘real’ es, según la concepción legal, independiente en su eficacia del contrato de compraventa que le sirve de base, es decir, es un contrato ‘abstracto’. Mediante la entrega y un contrato real válido en sí mismo el comprador se hace propietario, siempre que el contrato ‘abstracto’. Mediante la entrega y un contrato real válido en sí mismo el comprador se hace propietario, siempre que el contrato de compraventa no sea nulo o se impugne eficazmente. En el supuesto de inmuebles, al ‘acuerdo’ real de ambas partes acerca de la transmisión de la propiedad, que se denomina ‘transmisión formal’ (‘Auflassung’) y requiere una forma determinada [...], se añade como otro requisito la inscripción en el Registro” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. II. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 19-20). Em doutrina brasileira, v. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Traído de direito privado: parte especial*. t. XXXIX. Atual. Claudia Lima Marques. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012. p. 138-140.

31 “Compreende-se nas prestações de cousas: a) o transferir a propriedade b) ou algum direito real, ou c) o simples uso, d) a restituição da coisa alheia, e) o pagamento de coisa devida.

No entanto, só se transfere a titularidade do estabelecimento, e, portanto, os direitos de crédito ou reais relacionados aos bens dele integrantes, mediante a tradição,³² que é “ato de entrega da coisa ao adquirente, transformando a declaração translática de vontade em direito real”.³³ Como universalidade de fato, o estabelecimento deve ser tratado como coisa, transferível por tradição, que em regra será simbólica (em oposição à tradição real). Direitos creditórios, normalmente transmitidos por cessão, obedecem ao regime legal do artigo 1.149 do Código Civil,³⁴ e, assim, transferem-se conjuntamente ao res-

[...]O] devedor de cousa, estando de posse dela, pode ser compellido a entregal-a por força physica (*manu militari*). Nos casos em que a prestação de cousa não envolve transferência de domínio, o risco da cousa corre por conta de seu dono, salvo culpa ou negligência da outra parte. Nos casos em que a prestação envolve transferência de domínio, o devedor satisfaz com a tradição real ou symbolica da cousa; assim no caso de venda o vendedor entrega a cousa no estado em que se acha, o cedente garante apenas a verdade da dívida” (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. Porto Alegre: Cesar Heinhardt, 1897. p. 92-94).

32 “A compra-e-venda da empresa ou estabelecimento é compra-e-venda de universalidade de fato. Supõe-se unitariedade, para que se tenha como bem o conjunto de bens. Na linguagem vulgar, fala-se de cessão do estabelecimento, o que é termo impróprio, ou de trespasso. Promete-se transferir o conjunto unitário, com todos os haveres e débitos, e não só os haveres. Alguns bens são suscetíveis de direito de propriedade, sejam corpóreos sejam incorpóreos; outros, não. Mas a figura da compra-e-venda predomina, posto que se possa pensar em doação da empresa, ou dação em soluto, ou, até, em troca” e, ainda, “[a] entrega da empresa ou estabelecimento é tradição. O simples fato de existirem bens corpóreos e incorpóreos, suscetíveis de posse, e documentos que são pertenças de direitos creditórios, torna a universalidade de fato bem possuível. A tradição é, quase sempre, com a entrega das chaves da casa e dos cofres e gavetas. Há o inventário que menciona os elementos compreendidos no patrimônio. Se há bem imóvel, não é preciso que a respeito dele se faça contrato de compra-e-venda à parte. Basta que, por instrumento público, se lavre o acordo de transmissão da propriedade, a fim de se fazer a transcrição no respectivo registro. Não haveria óbice a que, feitos por instrumento público o contrato de compra-e-venda da empresa e os acordos de transmissão, se utilizasse para a transmissão o instrumento, mas há inconveniências práticas que se devem evitar. Por outro lado, nada impede que o acordo de transmissão, feito depois, aluda à sua primeira instrumentação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. t. XXXIX. Atual. Claudia Lima Marques. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012. p. 228-229).

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV. 21ª ed. Rev. e Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 147.

34 Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito

tante do estabelecimento. A transmissão do domínio sobre bens imóveis não prescinde da formalidade do registro, mas tal meio de transferência não se estende aos demais bens da universalidade de fato.

Ressalte-se, ainda, que o negócio dispositivo que opera a transferência do estabelecimento, como meio de adimplemento do contrato de trespasse, não é dotado de abstração, estando necessariamente vinculado ao negócio causal. Isso significa que os vícios que recaiam sobre o contrato de trespasse irradiam para a transferência de titularidade do estabelecimento.³⁵

Sendo o contrato de trespasse aquele que tem por objeto a alienação do estabelecimento, poderá o regime legal a ele aplicável ser integrado às regras atinentes (i) à compra e venda, se por contraprestação for acordado pagamento de preço, (ii) à permuta, se não tiver natureza pecuniária a contraprestação, (iii) ou mesmo à doação, se se tratar de liberalidade.³⁶ Assim, a qualificação do contrato como de trespasse depende da caracterização de seu objeto como alienação de estabelecimento, mas nada impede que também seja reconduzido a outros negócios típicos, cujas disciplinas, naquilo que não conflitarem com o regime mais específico do trespasse, são perfeitamente aplicáveis.

Outro importante elemento que se deve destacar é a necessidade de averbação do contrato de trespasse junto ao Registro Público de Empresas Mercantis e sua publicação na imprensa oficial, na for-

em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

35 BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 98-100.

36 Em sentido contrário, Nelson Eizirik defende a necessária onerosidade do trespasse: “[t]rata-se, portanto, de contrato bilateral, consensual e oneroso, por meio do qual o trespassante transfere ao adquirente (trespassário) o complexo de bens que servem ao exercício da atividade empresarial” (grifos nossos) (EIZIRIK, Nelson. Trespasse e sucesso irregular. Elementos caracterizadores. In: EIZIRIK, Nelson. *Direito societário: estudos e pareceres*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 765).

ma prevista no artigo 1.144 do Código Civil,³⁷ para que produza efeitos perante terceiros. Não se deve confundir, aqui, tal formalidade com aquela necessária à transmissão da propriedade imóvel. Como dito, opera-se a transferência do estabelecimento desde sua tradição, com efeitos, inclusive, (i) na contagem de prazos decadenciais relativos à garantia contra vícios ocultos,³⁸⁻³⁹ que têm termo inicial com a tradição, e (ii) na vinculação subjetiva de obrigações *propter rem* associadas aos bens que compõem o estabelecimento, conforme previsto no artigo 502 do Código Civil,⁴⁰ devendo o adquirente responder sem a solidariedade do alienante apenas pelas obrigações desse tipo que surjam para ele posteriormente à tradição.⁴¹

37 Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

38 “O termo inicial do prazo para o exercício dos meios de tutela do credor-adquirente dá-se, em regra, com a entrega efetiva da coisa. Esse marco temporal é, em princípio, mais seguro — não necessariamente mais justo —, conferindo certeza e segurança à análise” (GARCIA, Rebeca. *Vícios redibitórios: análise crítica de um regime especial de proteção do adquirente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 168); e, ainda, “[o] prazo para propor a ação começa a correr da tradição da coisa. Pretende-se, porém, que se inicie no dia em que o adquirente descobre o vício. Tal solução é inconveniente por torná-lo variável. Seria absurdo fixá-lo na data de celebração do contrato” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atual. Antonio Junqueira de Azevedo & Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 114).

39 Referindo-se ao estabelecimento comercial, Zilda Mara Consalter e Gabriel Rizzon Teixeira Lopes asseveram que “[c]aso este complexo de bens negociado (objeto imediato do contrato) apresente algum defeito oculto que torne imprópria a coisa ao uso a que se destina ou lhe diminua o valor, desde que presentes os requisitos anteriormente mencionados, poderá o adquirente redibir o contrato ou reclamar o abatimento no preço acordado” (CONSALTER, Zilda Mara; LOPES, Gabriel Rizzon Teixeira. (In)aplicabilidade dos vícios redibitórios nos contratos de trespasse e alienação de participação societária. *Revista de Direito Societário e M&A*, v. 6. p. 7-8, 2024. DTR nº 2024\11502).

40 Art. 502. O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.

41 “[O] legislador de 2002 adotou como disciplina geral aplicável às obrigações reais a que impõe ao titular da situação subjetiva real a responsabilidade apenas pelos débitos nascidos na vigência de seu direito, cabendo ao alienante arcar com as dívidas surgidas antes da alie-

No entanto, como meio de proteção a terceiros de boa-fé, a lei exige a publicidade do negócio para que se lhes possa opor a alteração subjetiva na titularidade do estabelecimento. Dessa forma, ainda que os direitos creditórios que componham a universalidade de fato já se considerem transferidos desde a tradição do estabelecimento, é apenas com a publicidade do contrato de trespasse que se podem presumir notificados os devedores, não se desonerando, portanto, caso paguem indevidamente ao alienante após arquivamento e publicação.

Cabe mencionar, ainda, a obrigação de não competição que recai sobre o alienante do estabelecimento comercial, de fonte legal. É obrigação de não fazer,⁴² portanto, “[t]rata-se de abster-se o devedor de ato que, segundo os princípios gerais, estaria no direito de praticar”.⁴³ O dever de abstenção pode operar, como explica Eduardo Es-

nação. Sendo assim, o alienante não perde sua condição de devedor e tampouco o adquirente se torna responsável pelas obrigações *propter rem* descumpridas pelo antecessor. Por outras palavras, o Código Civil de 2002, em seu art. 502, estipulou, como regra geral, que as obrigações reais, uma vez constituídas, se autonomizam e passam a gravar o patrimônio do titular da situação jurídica subjetiva real, que se torna responsável pelo adimplemento dos débitos *propter rem*. Assim, não obstante ocorra posterior mutação subjetiva do direito real, o titular passivo da obrigação *propter rem* não se altera. Essa consequência se aplica não apenas à obrigação de dar que se renova periodicamente, mas igualmente à prestação de fazer. Sendo a obrigação *propter rem* de fazer, esta obriga imediatamente o adquirente a executá-la, embora o alienante permaneça devedor único no que tange aos efeitos do não cumprimento desta obrigação no período em que foi titular de direito real ou possuidor da coisa. O direito brasileiro, portanto, se filiou à concepção segundo a qual a obrigação *propter rem* tem fonte ambulatoria, mas, uma vez nascida, desprende-se da coisa e passa a gravar o patrimônio do titular desta, acompanhando-o mesmo em caso de posterior alienação do bem.” (OLIVA, Milena Donato. Apontamentos acerca das obrigações *propter rem*. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2. p. 588. ISSN 2317-7721). No entanto, tratando-se de trespasse, mesmo aquelas obrigações nascidas para o alienante anteriormente à tradição do estabelecimento, que se autonomizaram e em regra não seriam transmitidas ao novo titular do bem, poderão ser transferidas ao adquirente, na forma já aqui prevista, respondendo o alienante solidariamente.

42 “Mas, nos seus efeitos práticos, mais do que uma transmissão de propriedade, há nesta transmissão [...] uma obrigação de não fazer, isto é, de abster-se de concorrência, exercendo idêntico comércio ou actividade, dentro de dados limites de tempo e de espaço” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. 2 ed. So Paulo: Max Limonad, 1950. p. 167).

43 NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.

pínola, de forma “[i]ndependente de qualquer outra obrigação, isto é, o devedor se obriga puramente a uma abstenção como tal; assim a não abrir um estabelecimento comercial em concorrência com outros do mesmo gênero.”⁴⁴ Perdura tal obrigação, conforme estabelecido no artigo 1.147 do Código Civil,⁴⁵ pelo prazo de cinco anos contados da transferência de titularidade do estabelecimento, a fim de que não seja “considerada, então, ao arrepio da ordem pública, como quando, por exemplo, sob côr de estabelecer cláusula de não-concorrência, alguém promete nunca mais comerciar.”⁴⁶

Naturalmente, caso o alienante do estabelecimento descumpra o dever de não concorrência a que está sujeito, restará configurada a mora, podendo o adquirente exigir que cesse a concorrência vedada. Assim, explica M. I. Carvalho de Mendonça que “[r]ealizado por culpa do devedor o fato, a cuja abstenção se obrigou, pode o credor exigir que êle o desfaga, sob pena de ser desfeito à sua custa, além da indenização de perdas e danos.”⁴⁷

Comente-se, também, que as partes podem convencionalmente afastar a obrigação legal de não concorrência, bem como especificar seu conteúdo, delimitando o espaço geográfico ou mesmo

318. Por ocasião, v., ainda, Roberto de Ruggiero: “[a] obrigação de não fazer consiste em omitir, para vantagem do credor, qualquer coisa que, se não fosse ela, o obrigado tinha a faculdade de fazer, ou em sofrer uma ação de outro. A *solutio* [...] exerce-se aqui mediante uma abstenção mais ou menos prolongada, que mantém imutável o estado de fato desejado, de onde se segue que nem todas as regras da *solutio* ordinária lhe são aplicáveis, nem a falta de cumprimento (que se verifica com a prática da ação proibida) dá lugar às formas ordinárias da coação” (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 6ª ed. italiana. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 43).

44 ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro*. Vol. II. t. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912. p. 214-215.

45 Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

46 NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Vol. I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 319.

47 CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. t. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 190.

alterando o prazo pelo qual o alienante estará obrigado. Como já dito, uma obrigação de não concorrência de caráter ilimitado atentaria contra a ordem pública e, em especial, contra os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.⁴⁸ Seria o que Rui Barbosa descreve como interdição absoluta, rechaçada pelo direito.⁴⁹

Portanto, não exercendo as partes do contrato de trespasse a faculdade de ajustar os termos da obrigação de não concorrência, valendo, portanto, apenas a determinação legal, deve-se interpretar com cautela a ausência de qualquer menção da lei a uma limitação territorial, com vista a que o direito de crédito do adquirente correspondente ao dever de não concorrência do alienante seja tutelado apenas enquanto não se torne objeto de exercício abusivo por seu titular.

Por fim, é mandatário destacar as consequências da transferência do estabelecimento na hipótese de não restarem bens ao alienante para solver suas dívidas. Como se sabe, grande parte da doutrina entende que as obrigações podem ser decompostas em dois ele-

48 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

49 “Mas tudo isso cairia por terra ante a nulidade essencial do compromisso alegado, à vista da sua ilegitimidade essencial. Não pede a Autora que se tolha aos Réus o direito de se entregarem à tecelagem da junta por certo lapso de tempo, ou no espaço de certa extensão territorial. Não. Da pretensão articulada por ela resulta, para os Réus, em absoluto, a inibição de exercerem nunca mais essa indústria, seja quando fôr, e onde quer que seja. [...] A interdição de se reestabelecer, que a Companhia Nacional de Tecidos de Juta opõe aos seus fundadores, seria, necessariamente, uma interdição absoluta de explorarem a mesma indústria. Ora a interdição não se permite, senão quando temporária e localizada” (DE OLIVEIRA, Rui Barbosa. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. In: *Obras completas de Rui Barbosa*. V. XL. t. I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. p. 209-210).

mentos constitutivos: “o elemento do débito (Schuld) e o elemento da responsabilidade (Haftung)”⁵⁰ (tradução livre). Nesse sentido, se, por um lado, o vínculo obrigacional implica um débito, ou seja, um dever de prestar, por outro, não prestando o devedor, ou seja, inadimplindo sua obrigação, responde perante o credor com seu patrimônio. Podemos dizer, portanto, que o patrimônio do devedor opera como garantia de adimplemento em favor do credor.⁵¹

Tendo isso em conta, preocupou-se o legislador em proteger o credor que, em função da transferência do estabelecimento comercial titularizado pelo seu devedor, vê o patrimônio deste, garantidor de seu crédito, reduzir-se ao ponto de ameaçar ou inviabilizar o adimplemento. Naturalmente, aqui não se trata de alienação do estabelecimento a preço de mercado, posto que, sem que o patrimônio sofra variação quantitativa, a garantia do credor permanece inalterada. Busca-se, ao contrário, resguardar o credor contra hipóteses de alienação a preço inferior ao de mercado ou a título gratuito, que, portanto, reduzam significativamente as chances de satisfação do crédito.

Assim, estabelece o artigo 1.145⁵² do Código Civil que, na hipótese de não restarem ao devedor bens suficientes ao adimplemento de suas obrigações, como resultado da alienação do estabeleci-

50 No original: “l’élémento del debito (Schuld) e l’élémento della responsabilità (Haftung)” (CICU, Antonio. *L’obbligazione nel patrimonio del debitore*. Milão: Giuffrè, 1948. p. 12).

51 “De acuerdo con la concepción actual, todo aquel que asume una obligación responde, en caso de incumplimiento, con todo lo que le pertenece. El que debe responde también. Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber prestar, pero aquella sigue a ésta como la sombra al cuerpo. El que asume una obligación no se hace cargo sólo de un deber jurídico-moral (lo que para algunos significaría muy poco), sino que corre el riesgo de perder su patrimonio (o una parte del mismo) por vía ejecutiva. De esta suerte la ‘responsabilidad’ que acompaña a la ‘deuda’ transmite a ésta una especie de gravitación” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. II. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 34).

52 Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresse ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

mento, ficará prejudicada a própria eficácia do trespasse. Pode o alienante, no entanto, evitar sua ineficácia se, no prazo de 30 dias contados de notificação enviada a seus credores previamente à conclusão do trespasse, obtiver o consentimento expresso ou tácito deles. Ou se, não consentindo os credores com a alienação do estabelecimento, quitar o alienante a totalidade das dívidas de credores que tenham recusado a alienação.⁵³

Acrescente-se que, somados a esta proteção prevista no Código Civil, estão os demais remédios da LREF, mais especificamente aqueles previstos nos seus artigos 94, III, c,⁵⁴ e 129, VI.⁵⁵ São eles a possibilidade de os credores requererem a falência do alienante do estabelecimento comercial e de ajuizarem ação revocatória, alegando ineficácia do negócio perante a massa falida, caso, mesmo os credores não consentindo com o trespasse que possa prejudicar o adimplemento de seus créditos, o devedor decida seguir adiante com o negócio.⁵⁶

53 BORGES, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial*: delimitação do conceito, efeitos e modalidades. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 52.

54 Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

[...]

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

55 Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

[...]

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;

56 BORGES, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial*: delimitação do conceito, efeitos e modalidades. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 52. Ainda, v. Ivo Waisberg: “[n]a hipótese de o empresário transferir o seu estabelecimento a terceiro sem o

2. A compatibilização da disciplina do trespasse com o regime legal de venda em UPI.

Elencadas as principais características do regime legal aplicável aos negócios de alienação de estabelecimento comercial, deve-se buscar compatibilizá-las com as regras previstas na LREF para a venda de UPIs, tendo em vista o cenário de serem compostas por um ou mais estabelecimentos. A pergunta que se coloca, portanto, é a seguinte: em que medida a LREF, lei mais específica, derroga a disciplina geral do Código Civil?

No entanto, a reforma da LREF de 2020 impôs uma questão preliminar, a qual, antes da alteração legislativa, restava praticamente pacificada na doutrina: a UPI é formada, necessariamente, por um ou mais estabelecimentos comerciais, ou, alternativamente, poderia também ser composta por outros ativos, como participação societária ou bens singulares? A interpretação literal da lei não parece autorizar o entendimento de que a UPI é, de modo exclusivo, meio de alienação de estabelecimento.⁵⁷

Não obstante, pontua-se a atecnia da alteração legislativa, uma vez que a compra e venda de bens não instrumentais ao exercício da empresa, ou mesmo de participações societárias, não tem por efeito atrair a indesejada sucessão do adquirente em passivos civis,

consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo, poderá ter decretada a sua falência, nos termos do art. 94 da Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005). Nesse caso, o adquirente poderá perder o estabelecimento, pois, conforme disposto no art. 129, VI, da lei falimentar, o negócio realizado nesses termos é ineficaz perante a massa falida” (WAISBERG, Ivo. Trespasse. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92).

57 “[O] art. 60-A amplia o conceito de unidade produtiva isolada e privilegia a flexibilidade dada ao devedor em recuperação judicial para constituí-la não mais necessariamente como uma universalidade de bens organizados para a exploração de determinada atividade empresarial. A unidade produtiva isolada pode ser constituída por bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, corpóreos ou incorpóreos, mas de forma isolada, isto é, sem necessariamente terem capacidade produtiva autônoma” (COSTA, Daniel Carnio; DE MELO, Alexandre Nasser. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Jorua, 2022. p. 265).

tributários, trabalhistas ou de qualquer outra natureza do alienante. Assim, a mudança na lei parece estar fundada muito mais em razões psicológicas, i.e., na tentativa de transmitir segurança ao potencial adquirente de UPI, do que no ímpeto de solucionar um problema do sistema anterior.

Contudo, não se pode afastar de antemão certos efeitos colaterais da mudança no texto legal, em especial, as dúvidas que podem recair sobre a eventual aplicabilidade das regras do *trespasse* à compra e venda de participação societária ou de bens singulares (esses últimos, quando, apesar de não comporem o estabelecimento, tiverem relevância econômica para a empresa.⁵⁸)

Afinal, um velho princípio da hermenêutica jurídica, há muito apregoadado, é o de que o legislador não faz uso de palavras inúteis.⁵⁹ Assim, poderia alguém dizer: se a alienação de participação societária ou de bens singulares não atrai a disciplina do *trespasse*, então, por que foi necessário incluí-los no regime de alienação da LREF, sem sucessão? Ainda que pareça incorreto tal entendimento, e devamos,

58 “Em certa medida, a discussão travada no âmbito da alienação de estabelecimento também se estende (e, na prática, se estabelece, por vezes) quando da venda de bens e direitos que não necessariamente compõem um estabelecimento (e.g. no caso de bens isolados economicamente relevantes para determinado negócio), não se podendo descartar, em tais hipóteses, o risco de sucessão” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. *Comentários à lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 407).

59 “*Verba cum effectū, sunt accipiendā*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis.’ Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.’ As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes. Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: GEN, 2011. p. 204).

portanto, afastá-lo, não se pode ignorar a possibilidade interpretativa e sua potencialidade eficaz, cabendo à doutrina pacificar a questão.⁶⁰

De todo modo, adotado o entendimento de que as regras do trespasse se aplicam apenas à venda de estabelecimento *stricto sensu*, deve-se, inicialmente, buscar caracterizar o conteúdo da UPI. Sendo ela formada por um ou mais estabelecimentos comerciais, aplica-se o regime legal do trespasse naquilo que não conflitar com a LREF. Consideradas essas premissas, parte-se para um exame casuístico da legislação aplicável, com vista a identificar quais regras civis atinentes à alienação de estabelecimento permanecem eficazes no contexto de venda de ativos em UPI. Assim, será possível delinear o regramento típico da venda, por uma recuperanda, de estabelecimento comercial através do regime de UPI.

Destaque-se que as dificuldades em atrair boas ofertas do mercado para aquisição de ativos de sociedades empresárias em recuperação judicial, muito em função da assimetria informacional entre comprador e vendedor e do temor da assunção de responsabilidade por passivos do alienante, possivelmente ocultos ou de difícil avaliação, são consideráveis.⁶¹ Naturalmente, a expectativa geral é de que uma sociedade em recuperação judicial possa ter contas desequilibradas, com passivo significativo.

60 Por outro lado, “o preceito não é absoluto, se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram inseridas por inadvertência ou engano, não se apegar o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: GEN, 2011. p. 205).

61 “A publicidade e a transparência em torno do procedimento competitivo de venda de ativos na recuperação judicial são fundamentais para resolver (ou ao menos mitigar) o problema da assimetria de informações no mercado de ativos em situação de dificuldade. Enquanto os vendedores têm maiores informações sobre os defeitos e as virtudes dos ativos, os compradores têm menos conhecimento da qualidade do bem que se pretende alienar, o que leva a um nivelamento por baixo do valor da oferta” (GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. *Novas tendências para a venda de ativos na recuperação judicial: avanço ou retrocesso do novo regime de impugnações?* *Revista Semestral de Direito Empresarial*, nº 27. p. 112-113, 2020).

No entanto, como se disse no início deste trabalho, a UPI é uma ferramenta de maximização de resultados da venda de ativos em processos de recuperação judicial, razão pela qual o legislador, imbuído do propósito de otimizar a venda de ativos e possibilitar o pagamento de credores, desenhou uma estrutura de alienação consideravelmente protetiva para o adquirente. Resguarda, portanto, o comprador contra a sucessão de quaisquer obrigações do alienante, de qualquer natureza. Se, por um lado, a redação original, mais ambígua e aberta, ensejava discussões sobre seu âmbito de aplicabilidade, por outro, o texto legal vigente do parágrafo único do artigo 60 da LREF não deixa dúvidas quanto à sua extensão a todas as espécies de passivos, impossibilitando a sucessão do comprador.⁶² Isso inclui, naturalmente, os passivos tributários, que já estavam expressamente contemplados na redação anterior à reforma da LREF, mas também os trabalhistas, civis, administrativos e tantos outros.

Não obstante, talvez pudesse prevalecer entre alguns a dúvida acerca da transmissibilidade das obrigações *propter rem* quando da venda de uma UPI. As obrigações reais aderem à coisa e, portanto, ensejam a individualização do sujeito da obrigação “mediatamente com referência à titularidade de um direito real ou relação de posse”.⁶³ Todavia, o seu descumprimento, ao ensejar dever reparatório,

62 “A despeito da inclusão expressa da não sucessão às obrigações ambientais, regulatórias, administrativas, penais, anticorrupção e trabalhistas, a redação original do dispositivo já permitia exatamente essa interpretação do texto. Isso porque determinava-se que não haveria sucessão do arrematante em nenhuma obrigação, de modo que todas essas, juntamente com as tributárias, estavam inclusas. A inclusão de todas as obrigações, afinal, conforma-se com o intuito de maximização do valor e satisfação da coletividade de credores” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 357). Em sentido diverso, “o adquirente deve atentar para o fato de que esta blindagem não o protegerá de sucessão nos créditos derivados da legislação do trabalho e nos decorrentes de acidentes do trabalho; quando a lei quis excluir estes créditos, mencionou-os de maneira explícita, como se vê da leitura do inc. II do art. 141” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 218).

63 OLIVA, Milena Donato. Apontamentos acerca das obrigações *propter rem*. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 2. p. 585. ISSN 2317-7721.

vincula exclusivamente o patrimônio daquele que era titular da situação real à época de referido descumprimento.

Pense-se na alienação de um estabelecimento que comporta uma fábrica: aqueles danos ambientais havidos em função da contaminação do solo da fábrica, anteriormente à transferência do estabelecimento, ensejam pretensão indenizatória contra o alienante. E, ainda que o adquirente, ou qualquer titular de direito real de propriedade sobre o imóvel onde se localiza a fábrica, esteja obrigado a não causar dano ambiental, na hipótese de um tal evento ocorrer o dever de ressarcir os danos decorrentes recairá sobre o titular do imóvel quando da ocorrência do dano.⁶⁴ Assim, a lógica que se deve adotar é a mesma aplicável às demais obrigações: ainda que pudessem ser transferidas ao adquirente em uma alienação de estabelecimento comum, o contexto de alienação por meio de UPI modifica tal entendimento em função da regra de não sucessão do adquirente.

Com efeito, o alienante permanece, concluída a venda da UPI, obrigado por todos os passivos que lhe cabem, restando afastado o regime de sucessão de dívidas do Código Civil e da legislação especial. Como dito, o modelo viabiliza a maximização do preço de venda, pela segurança que oferece ao adquirente, beneficiando, ainda, os credores concursais, que terão maiores chances de satisfação de seus créditos. Porém, pode agravar a situação da sociedade, que transfere a terceiro ferramenta de geração de resultados e aos credores concursais os recursos havidos em contrapartida, diminuindo os seus meios de geração de riqueza e reduzindo a garantia de pagamento aos credores extraconcursais, como o Fazenda Pública.

64 “As obrigações ambientais, assim, por aderirem à coisa, transmitem-se ao novo proprietário ou possuidor, sujeito passivo desses deveres em virtude de sua relação com a coisa. O alienante, todavia, continua responsável pelas obrigações *propter rem* nascidas na vigência de sua titularidade e, conseqüentemente, pela reparação dos eventuais danos decorrentes do seu descumprimento” (OLIVA, Milena Donato. Apontamentos acerca das obrigações *propter rem*. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 2. p. 585. ISSN 2317-7721.).

Quanto aos contratos nos quais a recuperanda seja parte, questiona-se se mesmo aqueles não identificados expressamente no Plano de Recuperação Judicial como incorporados à UPI devem ser objeto de sub-rogação pelo adquirente. Parece ser positiva a resposta, desde que não sejam personalíssimos e sejam diretamente relacionados ao estabelecimento comercial.⁶⁵

Além disso, o exercício do direito de rescisão por justa causa pela contraparte, no prazo decadencial de noventa dias, deverá ser objeto de adequado controle de abusividade e merecimento de tutela. Não devem, por exemplo, os atos da própria recuperação judicial ser considerados razão de rescisão, e é preciso analisar com bastante cautela outras alegações de configuração de justa causa, sopesando o intérprete os interesses da contraparte com aqueles do adquirente da UPI e dos demais interessados na preservação da empresa. Conclui-se, assim, que não há óbice à aplicação da disciplina do Código Civil, mas com o devido cuidado para evitar abusos e inconsistências sistemáticas.

De todo modo, os contratos trabalhistas devem ser lidos como exceção à regra. Isso, porque o artigo 141, §2º, da LREF⁶⁶ dispõe expressamente que empregados do alienante devem ser admitidos pelo adquirente da UPI mediante novos contratos de trabalho. Com efeito, não pode ocorrer a sub-rogação do arrematante em contratos traba-

65 “[P]revalecem, em caso de alienação de unidade produtiva, os efeitos dos arts. 1.148 e 1.149 do CC, isto é, exceto se de outra forma disposto (neste caso no plano de recuperação judicial), o adquirente irá se sub-rogar nos créditos e nos contratos de caráter não-pessoal necessários à exploração da unidade produtiva alienada” (BORGES, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial*: delimitação do conceito, efeitos e modalidades. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 107).

66 Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata o art. 142:
[...]

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

lhistas relacionados ao estabelecimento, restando derogadas as regras dos artigos 10 e 448 da CLT⁶⁷ e 1.148 do Código Civil. Adicionalmente, destaca-se que, por se tratarem de novas contratações, estas poderão ser objeto de condições diferentes das originalmente entabuladas, e não estará o arrematante obrigado a recontratar todos os empregados do alienante relacionados ao conteúdo da UPI.⁶⁸

Do ponto de vista da eficácia perante terceiros, fica dispensada a necessidade de arquivamento do contrato de trespasse no Registro Público de Empresas Mercantis e sua publicação no Diário Oficial caso a alienação de estabelecimento ocorra por meio de uma UPI. Isso, porque a homologação da venda da UPI pelo juízo da recuperação judicial já cumpre ao propósito de publicidade, presumindo-se cientes do negócio quaisquer terceiros a partir da decisão judicial homologatória. Assim, não poderá o devedor alegar desconhecimento do trespasse se, após a venda de UPI conforme previsão do Plano de Recuperação Judicial e da LREF, realizar o pagamento de seu débito à recuperanda.

Questiona-se, ainda, no que diz respeito à regra do artigo 1.145 do Código Civil, se poderiam os credores do alienante (i) opor-se à venda de estabelecimento por meio de UPI caso se entenda não haver bens suficientes para satisfação de seus créditos e, ainda, (ii) exigir o pagamento das correspondentes dívidas para que tenha eficácia a venda da UPI. A dúvida parece recair especialmente sobre o espaço de atuação dos credores extraconcursais, já que os concursais aprovam o Plano de Recuperação Judicial que prevê a venda de UPI e, portanto, sua anuência à alienação é prévia.

67 “[N]ão haverá o que ser invocado com base nos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho que envolvem os textos legais que justificam a controvérsia no campo da sucessão trabalhista” (DE ANDRADE, Carlos Roberto Fonseca. O direito do trabalho e a lei de recuperação de empresas. In: SANTOS, Paulo Penalva. (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – lei n. 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 103).

68 BORGES, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial*: delimitação do conceito, efeitos e modalidades. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 105.

Não parece correto, contudo, afirmar que o artigo 1.145 do Código Civil possa ser ferramenta a favor dos credores extraconcursais. A dúvida era, de fato, mais pertinente anteriormente à reforma de 2020 da LREF. Contudo, com a inclusão do artigo 66-A⁶⁹ na lei, passa a existir resposta expressa para referido questionamento. O novo texto legal indica que a alienação de bens a adquirente de boa-fé no âmbito de recuperação judicial, com autorização do juízo ou previsão em Plano de Recuperação Judicial, não pode ser anulada ou tornada ineficaz após sua consumação, de modo que se deve reconhecer que o regime específico afasta a disciplina geral do Código Civil.

Assim sendo, restam, aos credores extraconcursais, medidas limitadas, como o peticionamento no âmbito do próprio processo de recuperação judicial, previamente à aprovação do Plano de Recuperação Judicial, alegando violação ao inciso XVIII do artigo 50 da LREF,⁷⁰ que prevê que a venda integral da vendedora deve garantir aos credores extraconcursais condições semelhantes às que teriam na falência. Alternativamente, poderiam recorrer à impugnação específica prevista no artigo 143 da LREF,⁷¹ no prazo de quarenta e oito horas

69 Art. 66-A. A alienação de bens ou a garantia outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, desde que realizada mediante autorização judicial expressa ou prevista em plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado, não poderá ser anulada ou tornada ineficaz após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor.

70 Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

[...]

XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes às que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada.

71 Art. 143. Em qualquer das modalidades de alienação referidas no art. 142 desta Lei, poderão ser apresentadas impugnações por quaisquer credores, pelo devedor ou pelo Ministério Público, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da arrematação, hipótese em que os autos serão conclusos ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, decidirá sobre as impugnações e, julgando-as improcedentes, ordenará a entrega dos bens ao arrematante, respeitadas as condições estabelecidas no edital.

da arrematação, também sob o argumento de violação ao artigo 50, XVIII, da LREF. Caberia, ainda, requererem a convolação da recuperação judicial em falência por esvaziamento patrimonial, na forma do artigo 73, VI, da LREF.⁷² Nessa última hipótese, destaca-se que não é possível desfazer a venda de uma UPI já consumada, mas o produto da venda que já tenha sido distribuído aos credores concursais pode ter que ser devolvido à recuperanda e colocado à disposição do juízo, conforme prevê o artigo 73, §2º, da LREF.⁷³

Por fim, destaca-se a aplicabilidade da obrigação legal de não concorrência prevista no artigo 1.147 às hipóteses de alienação de estabelecimento por meio de UPI, inclusive por não ter sido expressamente afastada por qualquer disposição da LREF. Não obstante, em função da abrangência de referida obrigação de não fazer — i.e., eficácia por um período de cinco anos, sem limitações geográficas —, impõe-se exigir do intérprete maior esforço interpretativo para sopesar, no caso a caso, os interesses do comprador, que pretende preservar a clientela do estabelecimento, e do vendedor, que, amparado pelo princípio da preservação da empresa, não pode sofrer restrições demasiadas à sua atividade empresarial.⁷⁴

72 Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: [...]

VI - quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas.

73 Art. 70. [...]

§ 2º A hipótese prevista no inciso VI do *caput* deste artigo não implicará a invalidade ou a ineficácia dos atos, e o juiz determinará o bloqueio do produto de eventuais alienações e a devolução ao devedor dos valores já distribuídos, os quais ficarão à disposição do juízo.

74 BORGES, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial*: delimitação do conceito, efeitos e modalidades. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 109-110; FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial – trespasses e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 161-162; e BOITEUX, Fernando Netto. Contratos bilaterais na recuperação judicial e na falência. In: SANTOS, Paulo Penalva. (Coord.). *A Nova lei de falências e de recuperação de empresas – lei n. 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 313.

Conclusão.

O ordenamento jurídico não é constituído pela soma de inúmeros microssistemas, mas, antes, é um todo sistemático, unificado pela submissão das normas àquelas de hierarquia superior⁷⁵. Essa constatação impõe ao intérprete o dever de interpretar o texto legal em perspectiva, ou seja, sempre em relação ao restante do ordenamento. É exatamente por isso que, ao se analisar a disciplina legal da alienação de UPIs, não se pode deixar de também examinar em que medida a lei mais específica, nesse caso a LREF, se relaciona com os demais diplomas legais, como o Código Civil, o CTN, a CLT e a Constituição Federal.

Dessa maneira, buscou-se empreender uma análise sistemática do ordenamento para caracterizar a disciplina aplicável à alienação de estabelecimento comercial por meio de UPI. Naturalmente, o trabalho se limita a um exame no plano abstrato, podendo o caso concreto exigir posição diferente do intérprete. O papel da ponderação, sopesando princípios de estatura constitucional, como a preservação da empresa, a livre concorrência, a autonomia privada, dentre tantos outros, é sempre protagonista no processo interpretativo.⁷⁶

75 “Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 6).

76 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 406-407.

A partir dessa abordagem, pode-se dizer que a LREF introduziu importantes alterações ao regime geral de alienação de estabelecimento, sejam elas materiais, como aquelas atinentes à não sucessão do adquirente em passivos do alienante, sejam procedimentais, como a forma de publicidade da alienação do estabelecimento.

Pode-se afirmar, ainda, que mesmo as regras relativas ao trespassse inalteradas pela disciplina específica da LREF, como a obrigação de não concorrência do alienante, requerem delicada interpretação, em função do contexto em que se consuma a venda de UPI, i.e., a recuperação judicial de empresa, e da diversidade de interesses legítimos envolvidos.

Assim, reconhece-se que a LREF exerce importante papel: atribuir carga preceptiva ao princípio da preservação da empresa em processos especiais de alienação de ativos e conciliar referido princípio com a tutela do crédito privado e a proteção de interesses relevantes orbitando a recuperanda. Esse arcabouço teleológico conduz à visão sistemática apresentada neste trabalho e, entende-se, deveria orientar o juízo recuperacional na tomada de decisões relevantes.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA APLICADO COMO FONTE REGULADORA DO CONTRATO DE FRANQUIA¹

THE PRINCIPLE OF OBJECTIVE GOOD FAITH APPLIED AS A REGULATORY SOURCE OF THE FRANCHISE AGREEMENT

*Hawylla Monteiro de Oliveira Rodrigues**

*Marcelo Lauar Leite***

Resumo: O Direito é multifacetário e dele decorrem conteúdos que ocupam grandes nichos de atuação, a exemplo do Empresarial. Com essa visão ampliada, a pretensão do presente trabalho é somar matérias que, quando aplicadas, fazem progredir demandas e geram a segurança jurídica necessária para um determinado nicho. Entre muitas possibilidades, aqui será pautado a boa-fé como base das relações contratuais, com foco sofisticado no contrato de Franquia, este que fomenta a área comercial privada. O uso associado das fontes do Direito faz surgir o que aqui será denominado de conteúdo principiológico de regulação. Ou seja, não é tipificado legislativamente ou como norma congênere, mas é imprescindível para a satisfação das partes pactuantes, sem que gere oneração excessiva para um lado delas. O ensino permite discutir e refletir sobre práticas não postas como norma, mas que são base para a praxe empresarial.

¹ Artigo recebido em: 02.07.2025 e aceito em: 24.11.2025.

* Professora Substituta do Instituto Federal da Paraíba (IFPB). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Graduada em Direito. Advogada. E-mail: hawylla7@gmail.com

** Advogado. Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA, Brasil). Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC, Portugal). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN, Brasil). Investigador do Instituto Jurídico (FDUC). Investigador do Grupo de Pesquisa "Empresa, Consumo y Derecho" (Universidad da Corua, Espanha). Líder do Grupo de Pesquisa "Direito, Economia e Mercados" (DIREM/UFERSA). Editor-adjunto da Revista Jurídica da UFERSA. Foi Visiting Researcher na Université de Montréal (UdeM, Canadá). Email: marcelo.lauar@ufersa.edu.br

Palavras-Chave: Regulação. Princípio. Boa-fé. Contrato. Franquia.

Abstrat: Law is multifaceted and it contains content that occupies large niches of activity, such as Business Law. With this expanded vision, the intention of this work is to add matters that, when applied, advance demands and generate the necessary legal certainty for a given niche. Among many possibilities, good faith will be the basis of contractual relations, with a sophisticated focus on the Franchise contract, which promotes the private commercial area. The associated use of the sources of Law gives rise to what will be called the principled content of regulation. In other words, it is not typified legislatively or as a similar norm, but it is essential for the satisfaction of the contracting parties, without generating excessive burden on one side of them. The opportunity allows us to discuss and reflect on practices that are not considered the norm, but that are the basis for business practice.

Keywords: Regulation. Principle. Good faith. Contract. Franchise.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio Da Boa-Fé e Sua Natureza Regulatória. 1.1. Conhecendo a Natureza Regulatória 2. Contrato Comercial de Franquia “Regulado” por Critérios de Boa-Fé Objetiva. 2.1. Da Não Aplicação de Critérios de Hipossuficiência ou Vulnerabilidade. Conclusão.

Introdução.

A preocupação do Direito privado, em especial, do Direito Empresarial, é regular as relações jurídicas que envolvem interesses de empresários² e para cuidar das minúcias que envolvem as

2 AQUINO. Leonardo Gomes de. *Contrato de Franquia*. Belo Horizonte: Editora Experd, 2023. p. 23.

contratações dessa natureza muitos são os mecanismos empregados, a exemplo dos principiológicos.

De início, observando o cenário financeiro em que se encontra o Brasil, há uma presunção de “alerta de perigo” sobre o ponto de vista financeiro e comercial nacional, alarmando ainda mais quando se fala de investimentos contratuais.³

Isso se dá pela instabilidade de mercados, alterações de cotações dos valores de Know-how, desequilíbrios econômicos frutos de interesses políticos e tantos outros fatores, todos implicando diretamente no sucesso ou insucesso de um investimento.⁴

Neste contexto, se mostra interessante ressaltar um princípio de suma importância às transações empresariais. Fala-se do nobre princípio da boa-fé objetiva, entendendo-se por boa-fé um compromisso, uma cláusula de confiança exercida entre as partes contratantes.⁵ Há também quem o trate como “mecanismo de integração”.⁶

O artigo 422,⁷ do Código Civil, aborda uma aplicação principiológica de uma forma direta e específica, regendo que há obrigatoriedade dos contratantes desde o início até a execução do contrato de zelar pelos princípios da probidade e da boa-fé.

3 De acordo com os dados do IPEA para o terceiro trimestre de 2023, o PIB nacional tende a permanecer com a mesma previsão de aumento para 2024 - (2%), não sofrendo alteração quanto ao corrente ano e sem previsão para crescimento, indicando desaceleração da atividade econômica.

4 Vide material disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/economia/> para mais informações.

5 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-Fé nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 14, [S. l.], abr./jun. 1995. p. 24.

6 A boa-fé objetiva foi positivada pelo Código Civil no art. 113, relativo à interpretação contratual, no art. 187, que trata do abuso de direito, como mecanismo de limitação, e no art. 422, como cláusula geral de boa-fé (*mecanismo de integração*), que deve ser observada pelos contratantes.

7 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Vale dizer também que, segundo o Enunciado 361, da IV Jornada de Direito Civil, o princípio da boa-fé deverá ser observado como uma proteção da confiança, quando estiver presente algum comportamento contraditório ao que estava pactuado.

Afinco ainda há com o art. 423, do dispositivo cível, regendo que “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” e nesta adoção é íntegro prezar pela lisura da adequação, pautando-se em preceitos de boa-fé.

Dentre muitos dos princípios norteadores, como o da autonomia da vontade, da função social do contrato e do consensualismo, destaca-se aqui o da boa-fé, pois rodeia a massa dos pactos firmados no mundo dos negócios, assegurando o bom andamento da relação contratual.

Aqui se defende o emprego do princípio ao contrato empresarial de Franquia, o qual, sob análise do art. 1º, da Lei 13.966/2019,⁸ recebe tratamento quanto ao seu conceito, a forma de identificação e de aplicação, com ressalva para o cuidado de não vinculação trabalhista.

Este possui natureza jurídica de contrato de adesão⁹ e assim sendo, sua aplicabilidade é de caráter minucioso, expondo o fran-

8 Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.

9 Assim, o contrato de franquia na atual legislação é um contrato atípico. (vi) o contrato de franquia é um contrato de adesão ou por adesão, ou seja, é o contrato em que um dos contratantes impõe em que o franqueador impõe às regras contratuais ao franqueado. (AQUINO, Leonardo Gomes de. Contrato de Franquia. Belo Horizonte: Editora Experd, 2023. p. 83).

queado a uma delicada relação de subordinação direta às imposições do franqueador, figura que detém o poderio contratual face àquele.

Inserido a estes tratos, é que se detém o presente texto para defender a inserção da Boa-fé como função reguladora do contrato, devendo ter o condão de elemento necessário para a constituição do pacto em Franquia, dentre muitos outros que a Lei já expõe.¹⁰

A hipótese inicial é a positividade da implementação da boa-fé regulando desde a negociação até a pactuação do contrato de franquia, uma vez que se mostra indispensável para o bom desenvolvimento e manejo dos acordos empresariais. O que fomenta a realização de outros investimentos.

Para conduzir a discussão, identifica-se uma problematização que guia as questões e hipóteses ora levantadas, a respeito de como a boa-fé pode servir de sistema regulatório dentro do contrato de franquia. A pretensão é justamente responder como aplicá-la dentro do contrato de franquia, em sua natureza adesiva, trabalhando suas raízes principiológicas.

Objetivamente, a ideia é analisar, no contexto empresarial, como se dá a propositura do princípio sob critério de regulação, especificamente, avaliando o instituto aplicado à franquia, compreendendo como elemento de regulador basilar do contrato e identificando os meios adequados para a responsabilização quando da sua não observância, contribuindo com a aplicação prática do objeto.

Para tanto, metodologicamente, será utilizado o método de investigação histórico-evolutivo, desenvolvido a partir da utilização de leitura cirúrgica quanto a análise do conteúdo aqui exposto, uma vez

10 Muitas obras se desdobram e abordam a junção entre Franquia e Boa-Fé, seja pela forma verbal, Citando TOMAZETTE, Marlon; DA CRUZ, Nayara Lima Rocha da Cruz. O contrato verbal de franquia: a boa-fé objetiva como limitadora da arguição de vícios formais. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, n. 31. p. 21-42, jul./dez. 2022, seja pelo viés da Responsabilidade Civil, citando BAUER, Cristiana França Castro. Estudo de caso – contrato de franquia: considerações acerca da boa-fé objetiva. São Paulo: Insper, 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (LL.M. em Direito dos Contratos) mas escasso a análise regulatória da junção entre os institutos e sua aplicação.

que é crucial compreender o desenvolvimento da matéria para então culminar sua aplicação presente.

A pesquisa possui abordagem dedutiva, partindo do debate dos princípios norteadores dos contratos até chegar a uma premissa compacta acerca de um, assim como de um contrato específico e dos fatores que o faz possuir o caráter empregado e, enquanto as técnicas de pesquisa, serão empregados embasamentos teóricos através do recorte bibliográfico e documental.

A narrativa será pautada em três momentos a fim de preservar o fator pedagógico do texto. Um primeiro, este, introdutório, tratando de conceituais e abordagens genéricas sobre a proposta. Um segundo, que agora tratará sobre as especificidades da boa-fé objetiva e do seu caráter regulatório. Uma terceira divisão, que se destinará a praxe do contrato de franquia e o seu trabalho ante a regulação principiológica e um último ponto destinado a conclusão do trabalho sob a égide prática do ensejo discutido e as considerações finais autorais.

A partir de agora, segue a construção da temática...

1. O princípio da boa-fé.

No que diz respeito aos princípios em esfera geral no ordenamento jurídico brasileiro, dentre muitos existentes, pode-se destacar a relevância da Boa-Fé Objetiva no meio deles. De plano, se julga de caráter elementar estudar a aplicação dos princípios nos institutos jurídicos de forma geral e nos de natureza empresarial não é diferente.

Estes servem de norte para toda e qualquer transação efetuada juridicamente e assim, asseguram às partes toda a legalidade e moralidade que elas necessitam para fecharem seus negócios. A professora Martins-Costa,¹¹ ressalta algumas considerações preliminares sobre

11 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015

este o instituto principiológico, tratando das suas várias interpretações¹² e que vale a pena conhecer.

Neste ínterim, abre-se oportunidade para exposições acerca das acepções que se atrelam ao princípio. Para começar cita-se o aspecto objetivo do instituto, no qual se refere diretamente ao adjetivo obrigacional que se aponta para um modelo ou uma estrutura jurídica indicativa, podendo estar ligado a uma estrutura normativa dotada de prescritividade, a uma interpretação contratual ou até mesmo um padrão de comportamento.¹³

Para discriminar ambas as acepções de interpretação da Boa-Fé como princípio, utiliza-se do seguinte trecho elaborado por Correia¹⁴ quando escreve sobre as naturezas desta, podendo ser de cunho objetivo ou subjetivo, fator que induz o aplicador do princípio em erro caso não saiba identificá-las.

Somando-se à visão doutrinária, insta expor como a Constituição Federal de 1988 se posiciona acerca dos princípios que baseiam uma série de direitos, em especial, o Direito Privado. Fala da redação empregada no art. 1º e no art. 170 do texto constitucional.¹⁵

12 O sintagma «boa-fé» é utilizado na linguagem dos juristas de modo multifacetado, nem sempre designando o mesmo fenômeno jurídico. A própria legislação registra a locução em diversas situações e significados, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma acepção objetiva, como *standard* jurídico (boa-fé como pauta da conduta devida) e como regra de comportamento, ora a acepção subjetiva (boa-fé como crença e/ou estado de ignorância), muito embora melhor se deva qualificar a boa-fé como instituto ou *modelo jurídico*. Já quanto às acepções, o idioma português [...] dispõe de uma mesma e única expressão linguística para designar duas realidades jurídicas diversas a que são atribuídas distintas funções, gerando, cada qual, específicas e inconfundíveis eficácias normativas, discernidas pelo adjetivo: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

13 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 69.

14 A boa-fé subjetiva representa, pois, uma crença errônea ou ignorância, quanto a existência de uma situação regular, seja pelo estado de desconhecimento, seja pela aparência do ato que levou a parte a incorrer em erro. A boa-fé objetiva, por sua vez, está relacionada a uma conduta esperada da parte, a uma regra de atuação em que se respeitam deveres de honestidade, lealdade e retidão para com as expectativas legítimas da outra parte. (CORREIA, 2010. p. 49).

15 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

Nesse mesmo sentido de defesa, concordada pelo professor Ramos,¹⁶ os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada são os que sustentam tais direitos, especialmente os empresariais, encontrados no artigo acima citado.

Diante de uma opinião autoral, entende-se que a boa-fé objetiva se caracteriza como um princípio sinônimo de pressuposto essencial de obrigação, pois o mesmo é tido como padrão norteador de conduta ética entre as partes pactuantes, buscando sempre o equilíbrio e o bom senso entre ambos, evitando a ocorrência de cláusulas ou condutas abusivas, que desprestigiem ou coloque uma das partes em desvantagem à outra.

Ainda estreitando a área de abordagem do assunto para o direito privado, caminha-se à uma visão direta quanto a aplicação do princípio da boa-fé nos contratos empresariais de forma que este possa regular as relações contratuais. Fala-se da sua inserção necessária como fonte reguladora.

O mesmo está presente em toda e qualquer formação contratual desta natureza, como bem defende o professor André Luiz Santa Cruz Ramos quando ensina sobre a boa-fé no âmbito contratual, relacionando-a a uma questão interpretativa do contrato.¹⁷

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

[...]

16 RAMOS André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. 6. ed. São Paulo. Método, 2016. p. 256.

17 O princípio da boa-fé, no âmbito do direito contratual, está relacionado, em um primeiro aspecto, a uma questão de interpretação do contrato. Nesse sentido, entende-se que não se deve fazer prevalecer, sobre a real intenção das partes, apenas o que está eventualmente escrito no acordo firmado. Assim, em todos os contratos há certas regras implícitas, decorrentes da própria natureza da relação contratual firmada. (*Ibidem*. p. 620).

Aqui vale lembrar do conceito de empresário escrito art. 966 do Código Civil.¹⁸ Nele está implícito o conceito de empresa, entendida como atividade econômica *organizada* para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Segundo o parágrafo único do art. 966,¹⁹ CC, por atividade econômica organizada se entenderá toda aquela que não se enquadrar como profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, ressalvado as hipóteses destes exercerem a profissão constituindo elemento de empresa, ou seja, com intuito de lucro, há articulação de capital, mão de obra, insumos e tecnologia, etc.

No exercício da atividade econômica o empresário se utiliza da celebração de diversos contratos diariamente como, por exemplo, a compra e venda, contratos de trabalho, expansão do negócio por meio de franquias, dentre outros. Neste liame, os contratos podem ser firmados, basicamente, entre o empresário e o empregado (contrato de trabalho) e entre empresários (contratos empresariais).

Um adendo a essa divisão, o professor Fabio Ulhoa Coelho²⁰ apresenta uma divisão muito pedagógica para as celebrações contratuais de natureza mercantil, quais sejam: (i) compra e venda mercantil; (iii) os contratos bancários; (iii) os contratos de colaboração; (iv) os vinculados à logística de determinada atividade; e (v) os contratos de seguro.

Neste contexto também é pertinente assegurar a exposição da diferença entre natureza jurídica dos contratos de natureza cível e dos contratos de natureza empresarial. Segundo Ramos²¹ “os contratos

18 BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 jan. 2002.

19 Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

20 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

21 RAMOS André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. 6. ed. São Paulo. Método, 2016. p. 595-597.

empresariais se caracterizam pela simetria natural entre os contratantes”, por sua vez, os contratos civis se apresentam como “regras que limitam ou relativizam a imprescindível liberdade para celebração de contratos”.

Aqui é que se adentra a relevância de utilizar os princípios para regerem a execução contratual. No que se refere ao princípio da Boa-Fé, em especial no âmbito contratual empresarial, o mesmo é tido como primeiro aspecto do contrato, ou seja, o mesmo traduz a visão moral e ao mesmo tempo jurídica que de ver instaurada no contrato.

Ainda segundo o doutrinador citado, o princípio da Boa-Fé “não deve prevalecer, sobre a real intenção das partes, apenas o que está eventualmente escrito o acordo firmado”. Todavia, é importante contrapor o argumento do professor com o utilizado quando se fala de autonomia da vontade *versus* confiança.²² Neste caso, a confiança é o que prepondera nessa dicotomia.

Ressalta-se que há casos em que o Código Civil será aplicado aos contratos empresariais, a exemplo de quando a análise pertence a figura do princípio da boa-fé, como se vê pelo art. 422 do Diploma Civilista.

Para o professor Coutinho Neto,²³ o princípio da boa-fé objetiva “é o regramento estabelecido para as condutas dos indivíduos, pautadas na honestidade, na lealdade, na retidão e na cooperação. É o modelo de comportamento que as partes contratantes devem seguir religiosamente”.

22 BAUER, Cristiana França Castro. *Estudo De Caso – Contrato De Franquia Considerações Acerca Da Boa-Fé Objetiva*. São Paulo, 2017. p. 22.

23 COUTINHO NETO, Adair Borges. *Responsabilidade civil e por abuso de poder do franqueador no Sistema de franquias*. João Pessoa, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Pós-graduação, universidade Federal da Paraíba. p. 21.

É justamente a diferença de aplicação que o professor Humberto Bergmann Ávila²⁴ traz quanto à tratativa prática de princípios e regras, onde estes são vistos segundo o seu grau de interpretação e abstratividade.

Diante dessa perspectiva regulatória que o princípio da boa-fé esbanja é que se vai nortear a segunda pauta do trabalho, qual seja: aplicação deste no contrato adesivo de franquia e suas consequências práticas.

1.1. Conhecendo a natureza regulatória.

Para fomentar a tratativa, se desloca este tópico para abarcar a natureza regulatória que se propõe inserir nesse diálogo. A regulação pode ser aplicada em diversas cláusulas de um contrato adesivo²⁵ e não é diferente quando se quer fundamentar a base principiológica – aqui, a boa-fé.

Uma aplicação indispensável a esta propositura é quando se trata da forma de interpretação. O professor Calixto Salomão Filho²⁶ trata de princípios e fundamentos jurídicos regulatórios quanto a cooperação de setores, escrevendo que é fundamental para que haja regulação.

O professor ainda fala dos setores que não competem um sistema de regulação, citando os que recebem serviços diretamente

24 ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 18. p. 39-54, 2000. p. 161.

25 Diante do caráter adesivo da Franquia onde as partes apenas fecham o acordo aderindo às cláusulas pré-estabelecidas, o liame regulatório com a presença da boa-fé pode ser considerada maior segurança jurídica para os interessados no negócio, justamente por levar em consideração as possibilidades de se precaver contra eventuais riscos de fruição no contrato.

26 SALOMÃO FILHO. Calixto. *Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 3º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 120.

prestados pelo Estado, o que passa longe da pretensão e da natureza dos contratos privados, a despeito do interesse público prevalecente nos daquela natureza.

Ainda tendo como base a obra do professor, o conceito de regulação defendido sob argumento de que esta não visa a eliminação de falhas que sobrevivem no mercado alvo dela, mas abre possibilidade para estabelecer uma estrutura plural de escolhas, amplia o acesso ao conhecimento econômico que por ventura não se tem antes de se inserir no mercado e isso é relevante para que o sistema comercial engrene de maneira fluida.

Os setores, a título do comercial, possuem algumas regulações, podendo ser naturais de leis específicas ou praxes do nicho que está sendo investido, assim como dos princípios implícitos àquela área, tendo como recebedores dessas condutas os consumidores finais, assim como os empresários.

No caso do contrato de Franquia, defende-se a necessidade de regular os comportamentos com preceitos basilares fulcrados na boa-fé dos contratantes, por este se tratar de um contrato privado e caber a base regulatória e também porque nele as próprias partes não podem elencar suas cláusulas, assumindo o compromisso de cumpri-las independente do seu decorrer.

Não se exaurindo a esta justificativa, mas também por amparo do Texto Constitucional de 1988, previsto em seu art. 170, este é mais um mecanismo para cuidar da Ordem Econômica e Social nacional e promover crescimento no investimento comercial.

É cordial especificar que a regulação ora induzida não se refere a prevista pela teoria Francesa e tipificada no art. 2º, XI, da Constituição/88²⁷ exercida por agências reguladoras, mas pelo poder de co-

27 Art. 2º, XI, CF: - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão,

nhecimento e do pacto entre as partes que o instrumento contratual permite gozar de condições específicas.

O professor Leurquin²⁸ ensina que após incorporada pela legislação nacional, a regulação ocupou o espaço sinônimo ao de fortalecimento da economia de mercado, criando uma verdadeira estrutura jurídico-política.

Sob este viés de potencialidade é que se encora mais um ponto favorável para uma implementação regulatória no cerne das interpretações contratuais. As entrelinhas do contrato dizem muito sobre a projeção das partes. Todavia, as linhas ali escritas precisam bastar eventuais dizeres implícitos e preservar o condão *probo* para que as partes estejam em condições de cumpri-lo.

Nas palavras de Forgioni:²⁹ “Há limites à ordem jurídica do mercado, postos pelo direito estatal”. Seja pela praxe mercadológica, mesmo que com a mínima disposição de intervenção, seja pelo espaço que o nicho empregado já ocupa, há um limite imposto por regras e princípios que cabem ao Estado para gerar segurança jurídica necessária e não falimentar a economia nacional.

Parafraseando essa limitação, essa praxe pode também ser apresentada através de um limite de atuação sob o critério da Boa-Fé regulando o contrato privado e não somente o estado intervindo no instrumento. Nessa hipótese, aceitar e tipificar a fonte reguladora é ponto de partida para a satisfação do contrato.

O real intuito é usar desta estratégia para não se valer do direito de acesso à justiça para dirimir lides pactuadas e dispostas por causa de valores interpretativos distintos. Se valendo da autonomia

os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a *criação de um órgão regulador* e outros aspectos institucionais. (grifo nosso).

28 LEURQUIN, Pablo. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, Londrina, v. 20, n. 20. p. 14 1-176, jul. 2016.

29 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 18.

da vontade, da confiança e da autocomposição que a regulam e atingem a finalidade resolutiva esperada pelos pactuantes.

2. Contrato comercial de franquia “regulado” por critérios de boa-fé objetiva.

“O consensualismo em sua acepção ampla passou a sofrer a interferência da boa-fé objetiva”.³⁰

Sob a afirmação supra do professor Leonardo Gomes Aquino é que se toma o pontapé para este módulo. Parte-se da verdade de que mesmo com o aceite das partes sobre o que está pactuado, seja sob adesão ou não do contrato, este fará lei entre elas, segundo o que defende o texto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Edson Fachin publicado juntamente com a professora Uiara Andressa Brekailo na edição comemorativa pelos 20 anos do Superior Tribunal de Justiça.³¹

A autonomia privada será limitada pelos critérios probos e éticos, uma vez que “o contrato sem vontade não é contrato”.³² São os chamados pela doutrina de “Deveres Anexos Decorrentes do Princípio da Boa-Fé Objetiva”.³³

No contrato de Franquia, especialmente, é que se mostra o uso de comportamentos pautados no que está sendo concordado no momento do aceite, até porquê as cláusulas ali previstas servirão de equilíbrio para os interessados, Franqueador e Franqueado, como ocorre quanto ao seu cumprimento.

30 AQUINO, Leonardo Gomes de. *Gestão Processual e oralidade* - Contrato de Franquia. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023. p. 38.

31 Aqui se recoloca que a teoria tradicional dos contratos buscou explicar as relações contratuais tendo como norte o princípio da autonomia da vontade e o princípio do pacta sunt servanda, segundo os quais o contrato faz lei entre as partes. p. 142.

32 AQUINO, Leonardo Gomes de. *Gestão Processual e oralidade* - Contrato de Franquia. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023. p. 38.b.

33 BAUER, Cristiana França Castro. *Estudo de caso* – contrato de franquia: considerações acerca da boa-fé objetiva. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (LL.M. em Direito dos Contratos) – Insuper – Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2017.

São deveres anexos pautados na boa-fé, segundo a Professora Bauer³⁴ casadinho o texto da Lei 13.966 de 2019:³⁵ (i) Dever de Informação e Esclarecimento – Art. 2º, IX, XI, XII, Art. 4º. Vide Ação nº 0706272-67.2018.8.07.0001 - Res. 65 CNJ³⁶; e (ii) Dever de Cooperação Lealdade - Vide Art. 2º, caput e art. 7º³⁷.

O professor Leonardo Gomes Aquino é muito cirúrgico ao identificar as presunções da boa-fé no contrato de Franquia³⁸ tratando-a como uma cláusula de obediência e obrigatoriedade, a fim de que não gere nulidade contratual pela sua não observação.

Diante disso, é que se deve resguardar o direito das partes e atribuir a sua devida responsabilização para aquela que não se comportou de forma ética no decorrer do contrato. Ou seja, daquela que, segundo análise ao caso concreto, não tomou conduta pautada em critérios de boa-fé, que não honrou a confiança pactual.

34 BAUER, Cristiana França Castro. Estudo de caso – contrato de franquia: considerações acerca da boa-fé objetiva. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (LL.M. em Direito dos Contratos) – Insuper – Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo, 2017. p. 50-56.

35 Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia).

36 Contrato de franquia – omissão e falseamento de informações essenciais – nulidade do negócio.

37 BRASIL. TJ-RS (9ª Câmara Cível). Apelação Cível 70055251755. Relatora: Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Diário de Justiça Eletrônico, Porto Alegre, 10 jul. 2013. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO. PAGAMENTO DA DÍVIDA APÓS O VENCIMENTO. PROVIDÊNCIAS PARA BAIXA. CARTA DE ANUÊNCIA. INÉRCIA DO (EX) DEVEDOR. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Caso em que o consumidor, embora tenha quitado a dívida com atraso, não demonstrou nenhum interesse em providenciar a baixa do protesto, e tampouco comprovou dificuldades em obter a carta de anuência perante o credor. Ofensa aos deveres anexos de cooperação e lealdade, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva (artigo 422, Código Civil). Improcedência mantida. APELO DESPROVIDO.

38 (a) uma relação jurídica que ligue dois sujeitos, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; (b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; (c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no acordo celebrado. (AQUINO, 2023. p. 54)

Nesse sentido, segundo a mestre Martins-Correia³⁹ há abuso de conduta no contrato de franquia em diversos casos, cabendo as partes se manterem atentas para não burlarem preceitos regulatórios de boa-fé.

A observação ao princípio da boa-fé objetiva dever ser tida como condição *se ne qua non* por ambas as partes contratantes, cabendo salientar que a sua não observação pode ensejar danos morais, assim como patrimoniais.

Ressalta-se também que é papel da justiça velar pela integridade contratual dos pactuantes, respeitando assim as cláusulas contratuais e os princípios norteadores da relação empresarial.

Nesse caso, se vê, segundo exposição do professor Leonardo Gomes Aquino⁴⁰ que a boa-fé objetiva dentro da Franquia possui três

39 a) O franqueador faz constar previsão de que o franqueado adquira matéria-prima de um fornecedor específico, a fim de manter padrão de qualidade de um produto. Se este franqueador elevar os preços consideravelmente acima dos praticados no mercado, valendo-se desta vinculação, o franqueado pode, caso identifique fornecedor de matéria-prima de qualidade idêntica e mesmas especificações exigidas pelo franqueador, e que cobre preço compatível com o mercado, pedir a substituição do fornecedor exclusivo, imposto no contrato. Diante da equivalência da matéria-prima fornecida, a qualidade está garantida, de modo que não é razoável que o franqueador mantenha exclusividade do fornecimento, pois a cobrança de cumprimento dessa cláusula, embora represente exercício de um direito do franqueador, terá prejuízo desnecessário ao franqueado, constituindo abuso de direito.

b) Quando o contrato exige que o franqueado adquira de um fornecedor que antes tinha filial na zona de franquia, e depois fecha essa filial, aumentando o custo de aquisição do produto em razão do frete. A exigência de continuidade é abusiva se for possível obter de um fornecedor diverso do indicado no contrato produto que atenda perfeitamente às exigências contratuais.

c) Nos contratos que preveem reforma periódica do estabelecimento a exigência de cumprimento deste dever em momentos de crise pode agravar ainda mais a situação financeira do franqueado, ou mesmo inviabilizar a continuidade da empresa.

d) A utilização do estabelecimento pelo franqueado para venda de produto não compatível com franquia, mesmo que não haja proibição expressa no contrato, pois o exercício da liberdade de atuação passa a ser também abusivo.

40 A boa-fé possui três funções: (a) interpretativa e de colmatação do contrato; (b) a de norma de criação de deveres jurídicos anexos ou de proteção (integradora) e; (c) a norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos e potestativos. (AQUINO, 2023. P.54)

funções, quais sejam: interpretativa, integradora e limítrofe de direitos subjetivos, onde ambas, quando tendem a atuar conjuntamente para gerarem caráter suplementar uma a outra.

Não fala em uso apartado ou de aplicação isolada. É necessário que as funções atuem como se engrenadas fossem, a fim de garantir a segurança jurídica para o qual foram criadas e cumpram a regulação desejada na aplicação principiológica.

Caso interessante que se encaixa no assunto ora tratado e demonstra como a jurisprudência vem se posicionando acerca do princípio da boa-fé objetiva no contrato de franquia e a devida responsabilização quanto a sua não aferição, foi o destacado no Superior Tribunal de Justiça em 2020,⁴¹ em que houve a rescisão do contrato pelo franqueado, pela afrontosa deslealdade ao princípio da boa-fé por parte do franqueador, no qual o respectivo tribunal se posicionou a favor do franqueado.

Nesse caso específico, a fundamentação do recurso foi dada sob diversos argumentos, mas um que ora se destaca se sobrepôs: “O princípio da boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes”.

Fica nítida a soberania regulamentadora da base principiológica da boa-fé na livre iniciativa, em especial sob a égide da adesão, se presumindo o caráter fundamental que esta possui nas relações contratuais, a respeito do pacto de Franquia e suas cláusulas adesivas.

2.1. Da não aplicação de critérios de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

É de tom imperial deixar evidente que a regulação ora discutida não se pauta na hipossuficiência ou vulnerabilidade das partes,

41 Vide RECURSO ESPECIAL Nº 1.862.508 – São Paulo.

uma vez que a natureza contratual abordada – Franquia - não possui prerrogativas para tanto e as partes não se enquadram nos critérios destinados a essa inclusão.

Em que pese o Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, zelar pelos dispositivos 421, 422 e 423, do CC, a convicção autoral é que não é cabível a aplicação de princípios destinados ao consumidor final serem aplicados à empresários finais, com ocorre com a figura do franqueado.

A vulnerabilidade, se volta à ideia de fragilidade, de enfraquecimento de uma parte em relação à outra, onde ambas estão em uma relação jurídica vertical, havendo um risco eminente para uma delas (Rosa, et.al., 2017).

Sob a linha de visão, a fragilidade pode ser empregada analisando critérios técnicos, jurídicos ou de fato e tantos outros que poderão ser consideração a partir da provocação que será posta em lide, previsto pelo art 4º, I, do CDC.⁴²

Já a hipossuficiência, esta se molda para mecanismos de defesa individual na relação. Podem ser voltados para questões de finanças, de deficiência física ou psíquica, assim como das de vulnerabilidade (técnica, jurídica, conhecimento).⁴³ Também se fundamenta tipificadamente no art. 6º, VII, do CDC.⁴⁴

42 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

43 ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, [S.L.], v. 21, n. 1. p. 155, 31 mar. 2017. Universidade Estadual de Londrina. <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2017v21n1p155>.

44 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Quando questões como esta saem da seara autocomposta e chegam ao judiciário por anunciarem uma resistência na fruição do pacto, este se coloca de maneira contrária a aplicação de relação consumerista e decide com fundamento na natureza econômica do instrumento, como se nota na extração do conteúdo do acórdão Nº 1154411, impetrado no Juízo da vigésima quinta Vara Cível de Brasília.⁴⁵

Mesmo com a não viabilidade de critérios de flexibilização e análise de ônus, a grande aceitação comercial da Franquia⁴⁶ se dá porque essa espécie contratual facilita a expansão de negócios já tidos como bem sucedidos, sejam eles nacionais ou internacionais, versando sempre pela aplicação de uma logística, sistematização e marketing já utilizados pelo franqueador, devendo ser repassados ao novo empresário - franqueado - para que o negócio continue prosperando e não se defase.

Os argumentos implementados se inserem nas relações de consumo e aqui nitidamente não se nota esse tipo de relação. Longe disso, pauta-se em uma relação horizontal de interesse econômico, prezando pela satisfação de ambas as partes no decorrer contratual, onde ambos assumem o risco empresarial e detém de condições mútuas para prospectar o negócio e fomentar o lucro.

45 EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS A COMARCA DIVERSA. CONTRATO DE FRANQUIA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. PREJUÍZO EM PROMOÇÃO DA DEFESA NÃO RECONHECIDO. ORDEM DENEGADA.

1. O contrato de franquia não se submete às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico, conforme jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nessa perspectiva, a cláusula que estipula eleição de foro mostra-se válida, a princípio, desde que verificadas a ausência de hipossuficiência da parte contratante e a não inviabilização do seu acesso ao Poder Judiciário

46 Em 2022 a Associação Brasileira de Franquia – ABF, fechou com mais de 1.650 associados. Número que só cresce a cada ano, vide conteúdo exposto em: <https://heyzine.com/flip-book/85abdb2f98.html#page/8>, página oficial do órgão.

Conclusão.

Avaliando todos os pontos elencados anteriormente, percebe-se de maneira muito clara que o estímulo e a paridade somados à transparência quando se fala de pautar os pactos de Franquia sob a base proba da boa-fé resultam em um conteúdo de valor tangível quanto ao seu teor ético, regulador e obrigacional.

Diversos aspectos são refinados a partir dessa ótica⁴⁷. Desde a Circular de Oferta de Franquia – COF, até o cumprimento final do contrato caso venha a se dissolver, deverão as partes, de maneira bem criteriosa, observar os preceitos regulatórios da boa-fé que serão tipificados no instrumento, a fim de evitar dissoluções desagradáveis ou possíveis prejuízos no investimento e desestímulo a novas contratações.

Há na prática um dever objetivo de cooperação e lealdade para aqueles que firmam o pacto na franquia, elementos já utilizados em outras espécies contratuais, a exemplo da compra e venda,⁴⁸ conteúdo de base utilizado pela jurisprudência nacional, assim como quando se trata de boa-fé.

Partindo do pressuposto de que há decisões que se posicionam de maneira favorável a verossímil aplicação do princípio da boa-fé objetiva, a discussão em questão só tende a se fortalecer e tomar maiores proporções, efetivando na esfera jurídica empresarial o entendimento facilitado acerca da aplicação principiológica ao contrato em tela.

47 Aspecto econômico; Semelhanças e diferenças com outros contratos empresariais; Cláusulas contratuais, etc. Segundo AQUINO. p. 107-117.

48 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA. PACTO ADJETO. MANEJO FLORESTAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ART. 422 DO CC/02. DEVERES ANEXOS. COOPERAÇÃO E LEALDADE. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. DESCUMPRIMENTO CONFIGURADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESOLUÇÃO. FACULDADE DO CONTRATANTE. JULGAMENTO. CORRELAÇÃO COM O PEDIDO. AUSÊNCIA. DECISÃO EXTRA PETITA. DANOS MATERIAIS DEVIDOS.

Em que pese a utilização empresada do princípio civilista as demandas empresariais, assim como a existência de lei formal que viabiliza a matéria jurídica, estes podem ser emendados para incluir a objetividade da boa-fé dentro das cláusulas da Franquia.

A partir da inserção regulatória, muitos serão os reflexos que já podem ser vistos e que terão ainda mais notoriedade nas causas que envolvem pretensão resistida na arbitragem, como questões de responsabilidade direta pela defasagem do contrato e, consequentemente, da empresa objeto dele.

Fala-se do impacto do instituto da responsabilidade civil subjetiva, sendo esta plano perceptível de reflexo.⁴⁹ Aquele que gerar dano a outro dentro do pacto por inobservância de preceito legal, contratual e de probidade, será responsabilizado.

Vale salientar que essa desatenção é precedente para ocorrência de severidades, a exemplo da indenização, seja de natureza material ou moral, ocasionada por todos os danos causados pela parte que agiu de má-fé.

A conduta visa penalizar e desobstruir máculas que entulham as fases contratuais e impedem o setor comercial de alavancar seus investimentos, até porquê, quem é que almeja fechar um negócio com alguém de conduta duvidosa? É irracional se fosse contrário.

O professor Leonardo Aquino explica que nesse contexto há várias teorias que podem ser aplicadas, como a teoria da equivalência das condições; teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos⁵⁰ e isso se dá pela relação de não vinculação que,

49 A relação de franquia decorre de um negócio jurídico contratual, por isso a responsabilidade civil a ser apurada em relação às partes será contratual, mas em relação aos terceiros poderá ser aquiliana (extracontratual). A responsabilidade contratual é aquela que em decorrência do descumprir uma obrigação contratual causar prejuízo a outrem. Já no caso da responsabilidade aquiliana ou extracontratual, o agente infringe um dever legal, e não contratual.

50 AQUINO. Leonardo Gomes de. *Contrato de Franquia*. Belo Horizonte: Editora Experd, 2023. p. 222.

no contrato de franquia, em especial, não se caracteriza entre os pactuantes. O que é mais um exemplo de manifestação jurisprudencial quanto à aplicação do tema.⁵¹

A base para sustentar a relação contratual é o produto da somativa entre as entrelinhas dele (interpretações) e as tipificadas – escritas (norma), chegando a fatores implícitos e intencionais e a praxe comercial precisa estar preparado para lidar com essa afirmação e gerar segurança no interior das relações, não esperando que o contexto conflituoso desagüe no judiciário, uma vez que o instrumento particular pode e deve conferir essa previsão.

A regulação sugerida aqui, levando em conta os preceitos da boa-fé objetiva é ponto de reflexão que merece atenção nesse sentido. O que se busca é tornar o processo de percepção e por que não dizer, de aceitação mais limpo e autocomposto e se as partes assim não conseguirem aplicar, a inércia judicial será provocada com pontos bem definidos, mas de modo subsidiário.

A atividade empresarial constitui fato de notória relevância no meio social e a vista de tais disciplinamentos, é interessante dialogar com a função reguladora principiológica em pauta para que haja controle dos negócios firmados com cláusulas de adesão e com espaços de fragilidade negocial, como na franquia.

A análise ao caso concreto revela isso. Se revestir de legalidade é o que se espera para gerar segurança empresarial e, por vezes, para isso, será necessário alterar a base legal, a respeito de quando

51 Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei nº 8.955/94. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração. 1. A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor. 2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas nºs 5 e 7 da Corte, ademais da falta de prequestionamento dos dispositivos indicados no especial. 3. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp n. 687.322/RJ. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 9 out. 2006.

ela for omissa, inacessível ou incompatível com a realidade das partes, em que pese a assinatura de concordância, que é pauta para outras discussões.

No diálogo proposto, o contrato de franquia carece e merece do olhar regulador da boa-fé a fim de não concorrer para atos abusivos e de tomadas de decisões incoerentes e sobrepostas, fatos que não são esperados para um setor de tamanha importância para o cenário econômico nacional e internacional, como o empresarial.

CONTRATOS INCOMPLETOS E A SECURITIZAÇÃO DE ATIVOS NO AUDIOVISUAL BRASILEIRO¹

INCOMPLETE CONTRACTS AND THE SECURITIZATION OF AUDIOVISUAL ASSETS IN BRAZIL

*Amanda Vilela**

Film is probably the worst investment anyone could ever make. It is considered risky and capricious. If risks were measured on a scale of 1 to 10, movies would rate a 15. One might as well go to Las Vegas and throw the dice – in fact those odds are publicly better. Why would anyone invest in films, then?

Louise Levison, autora do livro *Filmmakers and Financing: Business Plans for Independents*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da teoria dos contratos incompletos no contexto do audiovisual brasileiro, explorando a securitização de ativos como possível mecanismo para mitigar riscos e atrair investimentos nesse setor. A indústria audiovisual é caracterizada por alto grau de incerteza e especificidade dos investimentos, o que frequentemente resulta em contratos incapazes de prever todas as contingências futuras. Abordase a securitização de recebíveis do setor, como os direitos de exibição e os incentivos fiscais, como ferramenta financeira que permitiria a antecipação de receitas e a diluição de riscos para os investidores. Busca-se compreender se a securitização, ao transformar ativos de difícil precificação em títulos negociáveis, pode conferir maior liquidez e atratividade ao mercado audiovisual no país, incentivando a entrada de novos capitais na atividade.

¹ Artigo recebido em: 06.08.2025 e aceito em: 29.10.2025.

* Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo. E-mail: amandavilela@usp.br.

Palavras-chave: Contratos Incompletos. Securitização de Ativos. Audiovisual Brasileiro. Financiamento de Filmes. Análise Econômica do Direito.

Abstract: This publication aims to analyze the application of incomplete contracts theory within the context of the Brazilian audiovisual industry, exploring asset securitization as a mechanism to mitigate risks and attract investments in this sector. The audiovisual industry is characterized by a high degree of uncertainty and investment specificity, which often results in contracts that cannot foresee all future contingencies. The securitization of sector receivables, such as exhibition rights and tax incentives, is addressed as a financial tool that enables the anticipation of revenues and the dilution of risks for investors. The research seeks to understand whether securitization, by transforming difficult-to-price assets into negotiable securities, can confer greater liquidity and attractiveness to the audiovisual market, encouraging the inflow of new capital.

Keywords: Incomplete Contracts. Asset Securitization. Brazilian Audiovisual Industry. Film Financing. Economic Analysis of Law.

Sumário: Introdução. 1. A Indústria do Entretenimento. 2. Securitização. 3. Contratos Incompletos. 3.1 A Incompletude Contratual no Audiovisual. 3.1.1. Especificidade dos Ativos. 3.1.2. Contingências Imprevisíveis e Complexidade dos Direitos. 3.1.3. Assimetria de Informação e Poder de Barganha. 4. *Pareto Optimum*. 5. Arcabouço Jurídico do AV Brasileiro. 5.1 Ancine. 5.2. Lei do Incentivo à Cultura. 5.2.1. Mecanismos de Fomento. 5.2.2. Mudanças Recentes na Legislação. 5.3. Lei do Audiovisual. 5.3.1. Modalidades de Investimento. 5.4. Funcine. 6. Contratos de Coprodução. 7. Securitização no Audiovisual. 8. Incompletude, Redes Contratuais e a Securitização. Conclusão.

Introdução.

O presente artigo visa explorar como a securitização pode ser utilizada como método complementar para captação privada de recursos para produções audiovisuais no Brasil. A pesquisa parte da premissa de que a aplicação da securitização pode sanar parcialmente a incompletude dos contratos de coprodução, os quais, juntamente com o fomento público, têm moldado a estrutura financeira e societária do setor. Diante da expansão e globalização dos serviços de *streaming*, emerge a necessidade de implementar mecanismos de financiamento privado que permitam o crescimento e a autonomia do setor audiovisual brasileiro (“AV”).

Para tanto, (i) serão analisadas as Leis nº 8.685, de 20 de julho de 1993 (“*Lei do Audiovisual*”), e nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991 (“*Lei do Incentivo à Cultura*” e, em conjunto com a Lei do Audiovisual, as “*Leis de Incentivos*”) e o seu papel na estrutura atual do setor, bem como Lei nº 14.430, de 3 de agosto de 2022 (“*Marco Legal da Securitização*”) e a Resolução CVM nº 06, publicada em 4 de setembro de 2020 (“RCVM nº 06/2020”), para sintetizar os benefícios financeiros e societários da adoção da securitização; (ii) será explorado o conceito de contratos incompletos e sua aplicação aos contratos empregados no mercado audiovisual brasileiro; e (iii) será demonstrado como a securitização se justifica não apenas pelo benefício econômico de possuir um custo de capital menor, mas também pela capacidade de criar incentivos para a profissionalização do setor, impulsionando estruturas de governança eficazes e a captação de investimento internacional.

Em suma, o estudo busca estabelecer como, por meio da securitização, a incompletude inerente aos contratos de coprodução pode ser sanada, ao mesmo tempo em que se implementa um novo e complementar mecanismo de captação privada no setor de produção audiovisual brasileiro.

1. A Indústria do Entretenimento.

O atual modelo de funcionamento da indústria audiovisual brasileira, seja em sua estrutura de financiamento ou na forma contratual adotada, age de forma limitante ao crescimento do setor. A larga dependência do financiamento público restringe as produções nacionais a orçamentos reduzidos e as sujeita a procedimentos burocráticos, muitas vezes custosos, para o cumprimento de editais e adimplemento das obrigações interpostas pelas autoridades governamentais por meio das Leis de Incentivo. Ainda, a estrutura atípica dos contratos de produção, moldada em torno do fomento público, afasta as práticas brasileiras daquelas adotadas nos principais – e mais bem-sucedidos – mercados globais do setor.

A indústria cinematográfica possui imenso potencial, tendo sido comprovada ao redor do mundo a capacidade do entretenimento se tornar um setor de alta relevância para economia, direta ou indiretamente. Segundo a *Association of Motion Pictures*, em 2023 a indústria audiovisual nos Estados Unidos gerou cerca de 2,32 milhões de empregos, abrangendo mais de 122 mil negócios e movimentando aproximadamente US\$ 102 bilhões, apenas em salários.² No tocante ao impacto indireto da indústria, esta tem a capacidade de promover a cultura nacional e o turismo, exportando a cultura para o mundo como uma *commodity* tão valiosa como qualquer outra. Todo este potencial está disponível para a indústria audiovisual brasileira.

Experiências recentes em outros países que até então não figuravam entre os principais realizadores mundiais mostram que existe caminho promissor a ser trilhado. Um bom exemplo é o que vem acontecendo na Coreia do Sul, parte em função de impulsos oficiais, numa trajetória que remonta há pouco menos de 30 anos. Em seu discurso inaugural, em 1998, o então recém-eleito presidente da Coreia do Sul, Kim Dae-Jung, declarou:

2 MOTION PICTURE ASSOCIATION (MPA). *Economic Contribution of the U.S. Film and Television Industry*. [Infográfico]. [S. l.]: Motion Picture Association, 2023.

Devemos direcionar nossa energia para globalizar a cultura coreana. Precisamos abraçar e desenvolver os altos valores contidos na cultura tradicional. A indústria cultural é uma das indústrias básicas do século XXI. O turismo, a indústria de convenções, a indústria visual e as commodities culturais especiais são um tesouro para o qual um mercado ilimitado aguarda (tradução livre).³

À época da declaração, a Coreia do Sul já possuía uma robusta política de incentivo à cultura que partia da premissa de que exportações culturais eram tão importantes, se não mais, do que as de, por exemplo, automóveis e tecnologia.⁴

Em 2020, o filme sul-coreano *Parasita*⁵ se tornou o primeiro de língua não-inglesa a vencer o Oscar de melhor filme, com uma bilheteria mundial de cerca de US\$ 260 milhões.⁶ Longe de ser um caso isolado, o filme de Joon Ho é a ponta do iceberg de um fenômeno cultural bem mais amplo que inclui o crescente domínio do K-Pop na música mundial, de dramas televisivos e de outros conteúdos sul-coreanos que transcendem barreiras linguísticas e culturais. Essa ascensão indica não apenas a qualidade artística e narrativa da produção sul-coreana, mas também a crescente abertura do público ocidental a conteúdos não-anglófonos, impulsionada pela facilidade de acesso via plataformas de *streaming* e uma maior valorização da diversidade de perspectivas. A vitória de *Parasita* em 2019 demonstrou

3 DAE-JUNG, K. Inaugural Address by Kim Dae-jung the 15th-term President of the Republic of Korea Let Us Open a New Era: Overcoming National Crisis and Taking a New Leap Forward. In: SHLEL. 25 fev. 1998

4 Um relatório publicado pelo governo sul-coreano em 1994 chegou a alegar que a repercussão econômica de um único blockbuster seria equivalente a venda de mais de um milhão de automóveis fabricados na Coreia do Sul. (DUBOIS, D. *Inside the Success of South Korean Brands*. Boston: Harvard Business Review, 20 jun. 2024.

5 PARASITA. Direção: Bong Joon-ho. Produção: Kwak Sin-ae; Moon Yang-kwon. Roteiro: Bong Joon-ho, Há Jin-won. Coreia do Sul: Barunson E&A, 2019. 1 filme (132 min), son., color.

6 BOX OFFICE MOJO. Parasite (2019). [S. l.]: Box Office Mojo. Disponível em: <https://www.boxofficemojo.com/title/tt6751668/>.

o poder de veículos culturais como verdadeiras *commodities* que, para além de seu retorno econômico, propulsionam um país e sua cultura inteira ao mercado global.

No ano da vitória do filme sul-coreano, a *Academy of Motion Pictures Arts and Sciences*, responsável pela cerimônia do Oscar, já vinha passando por processo de modernização e globalização de seus associados. O corpo votante do órgão tem se tornado cada vez mais diverso, diversidade essa que (lentamente) tem sido refletida nas principais categorias da premiação. Nos últimos seis anos, com exceção de 2021, a categoria de *Melhor Filme* contou com, pelo menos, uma indicação internacional.

O presente artigo seria omissos se, nem ao menos como menção honrosa, mencionasse a campanha do filme *Ainda Estou Aqui*,⁷ na qual ficou evidenciado o potencial econômico e crítico das produções brasileiras. O filme, que teve sua estreia no Festival de Cinema de Veneza, arrecadou mais de US\$ 29 milhões e levou mais de 5,8 milhões de espectadores às salas de cinema em sua temporada em cartaz.⁸ Vencedor do Oscar de *Melhor Filme Estrangeiro*, algo inédito na filmografia brasileira, o filme teve campanha invejável no circuito mundial de premiações, incluindo 60 indicações e 53 vitórias acumuladas, com destaque para o reconhecimento da atriz Fernanda Torres como *Melhor Atriz* no Golden Globes.

Ainda, é impossível dissociar a presente análise do momento de transição vivido pelo setor audiovisual, no qual grandes estúdios e emissoras têm dado lugar a serviços de *streaming* que cada vez mais verticalizam o processo de produção, exibição e distribuição. É possível enxergar nesse movimento não só clara centralização dos processos envolvidos na criação e comercialização de obras audiovisuais, como também a centralização dos players envolvidos nesta transição.

7 SALLES, Walter (dir.). *Ainda Estou Aqui* [filme]. Brasil, França: RT Features; VideoFilmes; Mact Productions; Conspiração Filmes; Arte France Cinéma; Globoplay, 2024.

8 BOX OFFICE MOJO. *I'm Still Here*. [S. l.]: Box Office Mojo, 2024. Disponível em: <https://www.boxofficemojo.com/title/tt14961016/>.

O aquecimento do mercado audiovisual nacional vem acompanhado de mudanças legislativas – algumas diretamente voltadas para a área e outras nem tanto. No mercado de valores mobiliários, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) vem ampliando o acesso à securitização, seja através da publicação da RCMV nº 06/2020 (que dispõe sobre a emissão e distribuição de certificados de investimento para a produção, distribuição, exibição de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras) ou pela ainda mais recente promulgação do Marco Legal da Securitização, em agosto de 2022.

O momento de otimismo fez também com que, em abril de 2025, a Agência Nacional do Cinema (“Ancine”) abrisse nova consulta pública acerca dos Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional – Funcine. O incentivo originalmente criado pela Lei do Audiovisual está ora sendo revisitado como fonte de recursos privados no mercado de capitais, aprimorando o mecanismo de incentivo, ampliando seu alcance e sua aderência às demandas contemporâneas do setor audiovisual, do ambiente regulatório e da sociedade brasileira, com foco na atualização, simplificação e convergência com os normativos vigentes.⁹

Os novos (e revisitados) mecanismos abrem o caminho para o reconhecimento do entretenimento como indústria atrativa ao investimento privado, injetando capital e fomentando um setor com enorme potencial de expansão¹⁰ – seja na bilheteria nacional ou na exportação das ditas *commodities culturais* para o mundo.

Em 1998, tal encontro entre economia e cultura foi o tema central do discurso inaugural de Kim Dae-Jung.¹¹ Em 2025, a indústria

9 ANCINE. *Ancine publica Notícia Regulatória sobre proposta de Instrução Normativa para os novos Funcines*. Brasília, DF, 29 abr. 2025.

10 DE LA FUENTE, A. M. *Rio2C: Omdia Forecasts FAST Channels to Grow in LatAm, Expects Rio Keynote in 2025*. Variety, [S. l.], 13 nov. 2024.

11 Em suas palavras *A diplomacia no século XXI estará intrinsecamente centrada nas esferas econômica e cultural* (DAE-JUNG, K., 1998)

cultural sul-coreana possui um valor estimado de U\$ 84,3 bilhões, quase 5% do PIB do país.

2. Securitização.

Em linhas gerais, a securitização pode ser definida como operação pela qual um recebível futuro ou a expectativa de um recebível futuro são patrimonialmente apartados da sociedade originadora e utilizados para lastrear valores mobiliários a serem comercializados. O mecanismo funciona como forma de desintermediação financeira, possibilitando uma via alternativa de captação menos onerosa que os tradicionais empréstimos bancários. Em outras palavras, a securitização é um:

[...] negócio jurídico coligado, no qual ativos são autonomizados em relação ao patrimônio do originador, servindo de lastro para títulos ou valores mobiliários representativos deste universo, emitidos pela entidade (VPE) - “Veículo de Propósito Específico” - e transferidos onerosamente aos investidores.¹²

Se adequadamente utilizada, a securitização permite não só a desintermediação financeira, mas, de forma ainda mais importante, a pulverização do risco.

Com efeito, numa securitização, a pulverização do risco pressupõe, exatamente, a participação do maior número possível de investidores no negócio jurídico. [...] A securitização pode ser considerada forma alternativa para reduzir o risco de crédito, sendo essa a modalidade em que suas

12 SANTOS, C.; MOURA, H. A Securitização de Títulos de Créditos: características e dinâmica de funcionamento. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 16, n. 1. p. 56, 2022.

vantagens se apresentam mais claras e imediatas. A transferência, sem coobrigação, de créditos para outra entidade, dentro de um processo de securitização, além de ser um adiantamento de receitas, transfere o risco de crédito, inicialmente para o veículo de propósito exclusivo e, posteriormente, com a venda de valores mobiliários lastreados nesses créditos, pulveriza esse risco no mercado.¹³

O processo de securitização de um ativo audiovisual (conforme definido pela RCVN nº 06/2020)¹⁴ obedece aos mesmos passos da securitização tradicional, cujo objeto principal, até o momento, tem sido a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs) e Certificados de Recebíveis do Agronegócios (CRAs). A sociedade ou “originadora” detém direitos, bens ou expectativa destes, que devem ser apartados de seu patrimônio por meio de uma sociedade de propósito específico cujo objeto é exclusivamente “receber os ativos utilizados e segregados na operação de securitização, bem como emitir títulos e valores mobiliários, devidamente lastreados nos ativos recebidos do originador”.¹⁵ Estas sociedades devem então emitir ditos valores mobiliários lastreados nos ativos que lhes foram transferidos e comercializá-los no mercado. Conforme tais valores são adquiridos pelos mais diversos investidores, os recursos captados são revertidos pela sociedade de propósito específico em benefício da originadora.

No modelo financeiro tradicional, instituições como bancos desempenham papel central como intermediários, captando recursos

13 CAMINHA, U. *Securitização*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61 e 184.

14 BRASIL. CVM. Resolução CVM nº 6, de 14 de setembro de 2020. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 15 set. 2020.

15 SANTOS, C.B., MOURA, H.P. A Securitização de Títulos de Créditos: Características e Dinâmica de Funcionamento. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, São Paulo, v. 16, n. 1, 2022.

e os repassando, sendo remunerados pela gestão de risco e informação. A securitização, contudo, busca mitigar essa função de intermediação bancária. Enquanto no financiamento tradicional o banco é o principal provedor de capital, na securitização ele pode assumir diversas funções, como *underwriter*, avaliador, depositário ou estruturador, sem ser o detentor primário do risco de crédito. Essa desintermediação permite que as empresas acessem o mercado de capitais diretamente, reduzindo a dependência de empréstimos bancários e potencialmente obtendo taxas de juros mais competitivas.

Uma das características mais distintivas e vantajosas da securitização é a sua capacidade de dispersão e alocação de risco. No financiamento bancário tradicional, a instituição concentra todo o risco em seu balanço patrimonial, o que exige a manutenção de níveis adequados de capital e, consequentemente, torna a concessão de empréstimos mais onerosa. Em contraste, numa operação de securitização de créditos, o risco do empréstimo é distribuído entre múltiplos investidores que adquirem títulos representativos de uma dívida lastreada por um ativo. A responsabilidade do emissor, geralmente um Veículo de Propósito Específico (VPE) ou uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), limita-se aos bens segregados para a operação e o originador (a entidade que cede os créditos) geralmente não responde pelas dívidas do VPE. Essa delimitação clara do risco, reforçada pela segregação patrimonial, contribui significativamente para a segurança da operação e para a redução do risco percebido pelos investidores, o que pode resultar em custo de capital mais baixo.

A securitização possibilita a mobilização de ativos — sejam eles presentes ou futuros — que, de outra forma, não teriam a capacidade de se autofinanciar ou gerar renda imediata. Através desse processo, ativos intrinsecamente ilíquidos são “transformados” em instrumentos líquidos, aptos a circular e a serem transacionados no mercado de capitais. Para o originador, a transferência desses ativos ilíquidos e a antecipação de receitas resultam em acréscimo substancial no nível de liquidez, melhorando indicadores financeiros e liberando capital para investimentos estratégicos.

A carteira de ativos a ser securitizada diz respeito aos ativos que serão “empacotados” para lastrear o valor mobiliário final. Como a natureza dos ativos será refletida no *rating* do *security* emitido, é interessante que ativos de maior risco sejam diluídos em *securities* cujo retorno é mais previsível. Um exemplo da diversificação de carteiras, especificamente relacionado à propriedade intelectual, pode ser visto nos *securities* emitidos por empresas farmacêuticas.

Na indústria farmacêutica, o desenvolvimento de uma droga e sua eventual patente pode levar cinco, dez ou até mais anos. O processo de pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos é longo e custoso, mas do outro lado, uma vez constituída a patente, há uma promessa de retorno constante por um período prolongado (i.e. enquanto o medicamento for relevante e a patente estiver vigente). Não só isso, mas, muitas vezes, existem diversas frentes de pesquisa em andamento para uma mesma doença, sendo que, muito provavelmente, apenas uma será amplamente comercializada.

A estratégia desenvolvida consiste então no agrupamento de diversas patentes ou eventuais patentes, de forma que uma mesma carteira contenha ativos variados. Patentes consolidadas garantem robustez ao valor mobiliário, dissipando o risco de eventuais linhas de pesquisa mais arrojadas em desenvolvimento ou mesmo o de inúmeros insucessos que inevitavelmente ocorrem no ramo.¹⁶

Em uma última nota em relação à securitização, vale retomar o tema dos *ratings* dos valores mobiliários comercializados. Até agora, o termo “risco” foi muito utilizado, mas pouco explicado. Risco é a incerteza da possibilidade de perda¹⁷ ou, ainda, a incerteza quanto à possibilidade de perda financeira.¹⁸ Há um campo da ciência inteiro

16 ALEKSEEV, I.Y. *Securitization of Intellectual Property*. Stanford Law School, 2002.

17 GREENE Mark R.; TRIESCHMAN, James. *Risk and Insurance*. Ohio: South-Western Pub. Co., 1988. p. 1.

18 BICKELHAUPT, David L. *General Insurance*. Illinois: R.D. Irwin, 1974. p. 2.

voltado ao cálculo e à precificação de riscos – as ciências atuariais – e quem exerce tal precificação no mercado de securitização são as agências de *rating*.

As agências de classificação de crédito ou agências de *rating* desempenham papel fundamental no processo de securitização. Elas avaliam o risco associado aos títulos emitidos, atribuindo classificações com base na qualidade dos ativos securitizados e outros fatores relevantes. Essas classificações influenciam fortemente as decisões dos investidores, especialmente os institucionais, como fundos de pensão, que geralmente têm restrições para investir em títulos com classificações abaixo de determinado limite.

Os *ratings* dos ativos, entretanto, refletem mais do que simplesmente o risco ou a robustez de cada um. Como elencado, a classificação de um ativo depende também da avaliação de seu originador. Assim, por meio dos *ratings*, cria-se um incentivo indireto para a adoção de mecanismos de governança e planos de negócios mais sólidos e bem-estruturados, uma vez que a qualidade dos aspectos administrativos e societários avaliados impactarão diretamente a capacidade de captação através da emissão de *securities*.

3. Contratos Incompletos.

No campo da economia, o estudo da teoria contratual se dá sob duas possíveis premissas. A primeira pressupõe que contratos podem ser completos, i.e. que as partes têm a capacidade de antecipar e prever os remédios necessários para quaisquer contingências. Esse pressuposto costuma servir como premissa matemática para análise de eficiência de eventual renegociação ou como ponto de referência ideal para contrastar com a realidade da incompletude contratual, que é a premissa mais comum na literatura econômica moderna.

Em um segundo campo, a própria teoria econômica reconhece a incompletude dos contratos como inerente e, frente a tal realidade

de, busca entender os custos atrelados a tal incompletude e busca propor eventuais incentivos para saná-la, mesmo que apenas parcialmente. Vale aqui pontuar que a natureza incompleta dos contratos faz parte das premissas adotadas por Ronald Coase em *A Natureza da Firma*,¹⁹ uma vez que este assume, para fins dos custos da transação, que os agentes são sempre limitadamente racionais, sendo também limitada sua capacidade de prever e remediar contingências.

Conforme elucida Bernard Salanié em *The Economics of Contracts*,²⁰ afasta-se a possibilidade de que qualquer relação contratual seja verdadeiramente completa. O limite da racionalidade humana, a otimização dos custos de transação e a complexidade dos contratos impossibilitam que as partes, por mais qualificadas e racionais que sejam, consigam prever não só todas as possíveis contingências, mas também seus remédios. A meta, portanto, em qualquer relação contratual é apenas *mitigar* os riscos, sendo necessário para tanto o alinhamento dos interesses das partes.

A grande questão aqui é que “the incompleteness of contracts is associated with inefficiencies and deadweight losses in terms of aggregate value, as contractually bound parties maximizing their own utilities is not solely conditional on aggregate utility being maximized”.²¹

Ou seja, um contrato incompleto desincentiva as partes a agirem no melhor interesse do objeto contratado, sendo o interesse de cada uma superveniente (isso seria uma simplificação do que a literatura chama de *moral hazard*.²²)

19 COASE, R.N. *A Natureza da Firma*. *Economica* v. 4, 1937.

20 SALANIÉ, B. *The Economics of Contracts: a Primer*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1997.

21 MONSELLATO, T. *Applying Contract Theory to Film Financing Decisions*. Nova York: Leonard N. Stern School of Business. 2022. p. 29.

22 Em termos mais amplos, moral hazard é definido pela Enciclopédia Britannica como sendo the risk one party incurs when it's dependent on the moral behavior of others. The risk increases when there is no effective way to control that behavior. (BRITANNICA. Moral Hazard. In: *Britannica*. [S. l.]: Encyclopædia Britannica, 2024).

Entretanto, uma vez superada a natureza incompleta dos contratos, a teoria econômica também propõe incentivos que podem suplantar suas ineficiências inerentes. Dentre os modelos para correção da incompletude contratual, pode-se destacar a tese de Grossman-Hart,²³ segundo o qual um agente é incentivado a investir em determinado projeto na proporção dos ativos que este detém neste (sendo a propriedade entendida como residual control rights.²⁴) *O comportamento da parte contratual pode ser subdividido em duas frentes:*

Takeaways from Grossman-Hart are highly intuitive: what determines a party's incentives to invest into a relationship can be divided in half. The first half is the *total surplus resulting from the investment*. It benefits both parties according to the formal contract in place. The second half depends on the *conflicting incentives of both parties* (grifo da autora).²⁵

A teoria, de forma relativamente intuitiva, expõe que a propriedade da parte quanto ao objeto contratado é diretamente proporcional à sua disposição a se ater às condições do contrato. Dessa forma, através da alocação dos *residual control rights* é possível, indiretamente, diminuir a incompletude contratual.

23 GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 4. p. 691-719, ago. 1986.

24 Residual control rights são os direitos de tomar decisões sobre o uso de um ativo ou a conduta de um contrato nas situações não especificadas explicitamente no acordo original. Em outras palavras, quando um contrato é "incompleto" — ou seja, não consegue prever todas as possíveis contingências futuras —, os direitos de controle residuais determinam quem tem a prerrogativa de decidir sobre essas questões não previstas. Geralmente, esses direitos pertencem ao proprietário legal do ativo ou à parte que detém o "poder de barganha" nas negociações de lacunas contratuais. (HART, O. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995.)

25 MONSELLATO, T. *Applying Contract Theory to Film Financing Decisions*. Nova York: Leonard N. Stern School of Business. 2022. p. 31.

3.1. A Incompletude Contratual no Audiovisual.

A incompletude contratual pode dar origem a comportamentos oportunistas, um fenômeno conhecido como *bold-up*. O *bold-up* ocorre quando uma das partes realiza um investimento específico para a relação contratual – um “custo afundado” (*sunk cost*) – que possui baixo valor residual fora daquela relação específica. Após a realização desse investimento, a outra parte tenta renegociar os termos do contrato para capturar uma porção maior do excedente gerado pela transação.²⁶ Este comportamento oportunista desincentiva investimentos específicos *ex-ante*, resultando em alocações ineficientes de recursos.²⁷

A indústria audiovisual é intensiva em investimentos específicos. A contratação de um ator renomado, um diretor com uma visão artística singular ou uma equipe de efeitos especiais altamente especializada, por exemplo, representam um investimento que se torna intrinsecamente ligado àquela produção específica. Uma vez que esses talentos estão comprometidos e os investimentos iniciais são realizados (por exemplo, a produtora investe no marketing do filme associado a um ator específico), as partes se tornam interdependentes. Essa interdependência cria uma relação de monopólio bilateral, onde o custo de substituição ou saída é elevado. Isso pode conferir à parte que realizou o investimento específico poder de barganha para exigir termos mais favoráveis ou, inversamente, a produtora pode tentar reduzir a remuneração de um talento, ciente do alto custo de saída para o artista. A capacidade de agir oportunisticamente deriva diretamente da natureza de custo irrecuperável dos investimentos realizados.²⁸

26 KLEIN, B. *Asset Specificity and Holdups*. [S. l.]: Law & Economics Center, 2012.

27 BASSI, C. de M. *Os impactos da Lei nº 14.430/2022 sobre as operações de securitização no Brasil*. Brasília: Ipea, 2024.

28 AGHION, P.; HOLDEN, R. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm: What Have We Learned over the Past 25 Years? *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 25, n. 2. p. 181-197, mai. 2011.

A interconexão das causas da incompletude é fundamental para compreender sua prevalência no audiovisual. A racionalidade limitada impede a previsão de todas as contingências, enquanto os custos de transação tornam inviável tentar cobrir o máximo possível.²⁹ As contingências genuinamente imprevistas são aquelas que sequer podem ser descritas *ex-ante*. No setor audiovisual, a natureza criativa e a dependência de fatores externos, como o gosto do público, a evolução tecnológica e as mudanças regulatórias, amplificam todas essas causas. Por exemplo, a ascensão do *streaming* (uma contingência imprevista de distribuição) impactou a divisão de receitas e direitos autorais, levando a renegociações e disputas, o que representa um exemplo de *hold-up* potencial. A impossibilidade de descrever *ex-ante* todas as características relevantes de um “produto” criativo significa que os contratos serão inerentemente incompletos nesse aspecto, abrindo espaço para renegociações baseadas no valor percebido *ex-post*.

A incompletude, portanto, não é meramente uma falha, mas uma característica funcional em ambientes de alta incerteza. A tentativa de criar contratos “completos” no audiovisual seria ineficiente e inviável, resultando em um *trade-off* entre a completude formal e a flexibilidade necessária para um setor tão dinâmico. Isso sugere, mais uma vez, que a incompletude é algo que deve ser gerenciado, e não eliminado.

A qualidade e o sucesso artístico de uma obra audiovisual são conceitos inerentemente subjetivos e multifacetados, tornando-os difíceis de serem objetivamente definidos e mensurados *ex-ante*.³⁰ O sucesso de bilheteria ou a aclamação da crítica são resultados *ex-post*,

29 MILGROM, P.; ROBERTS, J. Bargaining costs, influence costs, and the organization of economic activity. In: ALT, James E.; SHEPSLE, Kenneth A. (Org.). *Perspectives on positive political economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 57-89.

30 ANDERLINI, L.; FELLI, L.; POSTLEWAITE, A. Courts of Law and Unforeseen Contingencies. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford, v. 23, n. 3. p. 662-684, out. 2007.

não critérios de desempenho contratual que possam ser facilmente verificados durante o processo de produção. A avaliação da criatividade, por exemplo, é frequentemente subjetiva e pode ser influenciada por vieses.³¹ Embora existam técnicas como o *Consensual Assessment Technique* (CAT), que é um padrão para avaliar a criatividade baseada em produtos, ela ainda depende do julgamento humano e do consenso de especialistas.³²

A dificuldade em definir e verificar o desempenho criativo é um fator crucial. Contratos em indústrias criativas não podem especificar todos os detalhes da execução artística. É inviável prever, por exemplo, o desempenho exato de um ator ou a “visão” final de um diretor em termos contratuais que possam ser verificados por terceiros. Isso cria lacunas onde a qualidade ou o esforço podem ser questionados, mas não provados de forma inequívoca em um litígio. Essa subjetividade impede a elaboração de cláusulas contratuais completas sobre o produto criativo, deixando espaço para interpretações e disputas, e exigindo que as partes confiem em avaliações *ex-post* ou em mecanismos relacionais.

A produção audiovisual depende fortemente de ativos humanos específicos, cujo valor é maximizado dentro da relação contratual particular. A Era de Ouro de Hollywood, período que abarca as décadas de 1930 e 1940, exemplifica como contratos de longo prazo emergiram em resposta ao alto grau de investimento específico em talentos. Uma vez escalado um ator principal ou assinado contrato com

31 PARK, K.; CHUN, M.; LEE, J. Revisiting Individual Creativity Assessment: Triangulation in Subjective and Objective Assessment Methods. *Creativity Research Journal*, [S. l.], v. 28, n. 1. p. 1-10, 22 fev. 2016.

32 YANG, S.; WANG, J. Measuring Scientific Creativity with Subjective Creativity Assessments: Psychometric Challenges and Suggestions. In: PACIFIC-RIM OBJECTIVE MEASUREMENT SYMPOSIUM (PROMS), 2023. *Proceedings of the Pacific-Rim Objective Measurement Symposium (PROMS 2023) Atlantis Highlights in Social Sciences, Education and Humanities*. [S. l.]: Atlantis Press, 2024. v. 23. p. 1-17.

diretor, as partes tornam-se interdependentes, criando vulnerabilidade a renegociações oportunistas.

A produção audiovisual constitui processo longo e complexo, sujeito a infinidade de imprevistos: condições climáticas adversas, doenças do elenco, problemas técnicos, disputas sindicais e eventos de força maior. Além dos imprevistos operacionais, o sucesso é influenciado por fatores de mercado imprevisíveis como concorrência, evolução do gosto público, eventos globais e mudanças tecnológicas de distribuição.

A ascensão do streaming representa exemplo paradigmático de contingência imprevista que impactou divisão de receitas e direitos autorais, levando a renegociações e disputas. A impossibilidade de descrever ex-ante todas as características relevantes de produto criativo significa que contratos serão inerentemente incompletos, abrindo espaço para renegociações baseadas no valor percebido ex-post.

Uma obra audiovisual pode ser explorada em diversos veículos (cinemas, *home video*, televisão, *streaming*, licenciamento de produtos derivados) e múltiplos territórios, cada um com termos distintos de licenciamento e divisão de receitas. A evolução tecnológica cria constantemente novos veículos não previstos inicialmente, tornando contratos de direitos e remuneração extremamente incompletos.

Ainda, existe clara assimetria de poder entre grandes *players* (estúdios, plataformas de *streaming*) e criadores individuais ou pequenas produtoras. Grandes empresas possuem mais informações sobre mercado, projeções de receita e termos contratuais padrão. Esta concentração reduz competição e limita entidades independentes com as quais criadores poderiam negociar termos mais justos.

Cláusulas de não-divulgação (“NDAs”) e confidencialidade impedem que criadores compartilhem informações sobre termos

contratuais, enfraquecendo sua posição negocial. Conforme a *European Composer and Songwriter Alliance* (“ECSA”), isso torna “impossível para nossos membros compartilhar informações sobre seus acordos contratuais”.³³ Esta assimetria permite que a parte mais forte imponha termos favoráveis, deixando lacunas ou termos ambíguos interpretáveis a seu favor futuramente.

A prática de *buyout*, onde criadores cedem todos os direitos por pagamento único renunciando a *royalties* futuros, exemplifica como grandes produtoras utilizam incompletude estrategicamente. Beneficiam-se da dificuldade de prever valor futuro da obra, transferindo risco e potencial lucro para si.

4. Pareto Optimum.

Uma vez estabelecido que as ineficiências da incompletude tendem a não ser solucionadas contratualmente, deve-se pensar em formas alternativas de combatê-las. No âmbito do *moral hazard*, i.e. desalinhamento entre os interesses das partes contratadas, é possível criar incentivos econômicos pela alocação da propriedade, conforme descrito anteriormente.

O desafio de alinhar os interesses das partes sempre existirá. Entretanto, há poucas matérias nas quais este é tão presente quanto nas atividades criativas. A despeito de generalizações, é raro encontrar investidores e artistas cujos interesses e objetivos estejam integralmente alinhados. Dessa forma, resta estruturar a relação das partes de forma que ambos sejam contemplados sem que estes tenham que, de fato, se alinhar integralmente.

No audiovisual, do lado do criador, há a primazia da visão artística, a construção de um produto final que seja não só financeira-

33 EUROPEAN COMPOSER AND SONGWRITER ALLIANCE (ECSA). *ECSA Report on Audiovisual Composers Contracts*. [S. l.]: ECSA, 2024.

mente satisfatório, mas artisticamente relevante (aqui novamente incorre-se em uma generalização, mas basta dizer que os interesses do artista são certamente mais plásticos que os do investidor).

Por outro lado, o investidor tradicional está em busca de ganhos. Note-se aqui que o audiovisual, por natureza, não costuma atrair investidores tradicionais. Trata-se de investimento de alto risco que, efetivamente, apenas vez ou outra traz resultados que façam jus ao risco assumido, sendo a motivação que prevalece neste tipo de aporte algo mais subjetivo.³⁴

Em paralelo, vale notar que, desde o fenômeno do GameStop³⁵ e com o ingresso de mais investidores pessoas físicas no mercado de capitais, tem havido crescente subjetivação dos investimentos:

Simply put, app-based platforms make investing easier and more fun. They also give investors the opportunity to purchase companies that they are familiar with and that are affecting the world around them. As one commentator puts it, “millennials aren’t interested in owning *boring bonds*. This is a generation of stock pickers.” It is fair to believe that the enhanced opportunity for direct investing explains, in part, why millennials “piled into stocks like never before in 2020.” In addition, although meme stocks may initially draw new investors into the market, studies suggest that most go on to diversify their portfolios.³⁶

34 LEVISON, L. *Filmmakers and Financing: Business Plans for Independents*. Oxford: Focal Press, 2010.

35 O fenômeno GameStop refere-se a evento ocorrido no início de 2021 em que investidores de varejo, coordenados majoritariamente através de fóruns online, como o Reddit (r/wallstreet-bets), impulsionaram dramaticamente o preço das ações da GameStop (GME). Essa ação coletiva, direcionada contra a vasta posição vendida a descoberto de grandes fundos de hedge, culminou em um “short squeeze” massivo.

36 FISCH, J. E. *GameStop and the Reemergence of the Retail Investor*. ECGI Working Paper Series Law, 2022. p. 24

De toda forma, por mais subjetivo que o investimento se torne, a meta final será sempre, impreterivelmente, dada as premissas de mercado, o lucro.

Propõe-se então, conforme o modelo de Grossman-Hart,³⁷ que o alinhamento das partes se dê pela distribuição dos *residual control rights* na qual “*the Principal should strike the right balance between ensuring that Agent’s wage is at once not too dependent on the project’s outcome while still incentivizing enough for the Agent to invest into the relationship*”.

Internacionalmente, é difícil sustentar que tal equilíbrio tenha sido alcançado. Uma das soluções encontradas pelos investidores de obras audiovisuais nos Estados Unidos, por exemplo, foi a aquisição de mais *residual control rights*, através da verticalização da cadeia de produção. Neste modelo, um mesmo investidor adquire participação em todas as partes do processo de produção de um filme: desde as agências de talento, companhias de produção, publicidade, até os próprios exibidores. Entretanto, como demonstra Monsellato, esta estrutura cria grande disparidade entre o investidor e o artista, empobrecendo o controle criativo deste último.

Como então equilibrar tal relação? Se o ativo sobre o qual o investidor teoricamente poderia exercer os *residual control rights* for empacotado de tal forma que a propriedade, os proventos financeiros e o poder decisórios não andem mais juntos, é possível realinhar a relação das partes. Sendo o investimento feito por um mecanismo pelo qual não há expectativa de exercício do poder decisório, ainda há o sentimento de propriedade – visto que o investidor optou por empregar seus recursos em determinado ativo – mas não há mais a frustração, nem a possibilidade de o agente atuar em detrimento do *pareto optimum*. Se o ativo for segregado e transformado em um sim-

37 GROSSMAN, S.; HART, O. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 4. p. 691-719, ago. 1986.

ples valor mobiliário diante do qual não há incentivo nem meio para que o investidor intervenha no processo criativo, este segue se sentindo envolvido no empreendimento pela simples expectativa de retorno financeiro diante do aporte realizado. Ainda, em se tratando de um valor mobiliário lastreado por uma vasta gama de contratos, ativos e afins, cria-se mais um degrau de distanciamento entre o investidor e o poder decisório, dada a diluição de cada projeto.

A securitização de ativos surge como uma solução inovadora para os desafios impostos pela inerente incompletude dos contratos, particularmente em setores marcados por alta incerteza e especificidade, como o audiovisual. A essência dessa abordagem reside em uma reestruturação da relação entre capital e controle. Tradicionalmente, o investidor que aporta recursos em um projeto, especialmente um tão volátil e criativo como uma obra audiovisual, mantém expectativas de influenciar decisões, exercer controle sobre os rumos do empreendimento e, conseqüentemente, garantir a maximização de seu retorno. Essa proximidade, contudo, pode gerar atritos, assimetrias de informação e desvio de foco, à medida em que a busca pelo controle individual pode não se alinhar com a otimização coletiva do projeto, potencialmente prejudicando o valor agregado total.

A securitização atua transformando os direitos a proventos financeiros futuros – como receitas de exibição ou incentivos fiscais – em títulos mobiliários negociáveis. Essa “embalagem” ou “empacotamento” dos ativos tem o efeito de dissociar o direito ao lucro da necessidade de envolvimento na gestão ou nas decisões operacionais. O investidor adquire um direito a um fluxo de caixa específico, desprovido da prerrogativa de intervir no processo criativo ou nas escolhas de produção. Com isso, elimina-se a fonte de fricção que surge quando o detentor do capital tenta influenciar o controle residual sobre o ativo, que é frequentemente complexo e multifacetado no contexto artístico.

Essa separação clara de papéis permite que o investidor se concentre unicamente na expectativa de retorno financeiro, sem a

frustração de não poder exercer um controle efetivo ou a tentação de interferir de forma contraintuitiva para a eficiência do projeto. O valor mobiliário, ao ser lastreado por um conjunto diversificado de contratos e ativos subjacentes, promove diluição natural do risco e, crucialmente, diluição do poder decisório em relação a cada projeto individual. Tal distanciamento é benéfico, pois alinha os incentivos das partes: o produtor ou criador mantém autonomia sobre o processo criativo, maximizando a qualidade e o valor artístico, enquanto o investidor busca o retorno financeiro por meio de um mecanismo de mercado mais transparente e líquido, sem os custos de transação e os potenciais atritos que a proximidade excessiva poderia gerar em um contrato incompleto. Dessa forma, a securitização funciona como intermediário que harmoniza a necessidade de financiamento com a preservação da integridade criativa e a eficiência operacional.

5. Arcabouço Jurídico do AV Brasileiro.

5.1. Ancine

A Ancine é a entidade governamental incumbida da regulação e fiscalização do setor audiovisual no Brasil. Desde sua criação em 2001, a Ancine assumiu a responsabilidade pela gestão das leis de incentivo fiscal, incluindo tanto a Lei Rouanet quanto a Lei do Audiovisual. Seu papel primordial consiste na aprovação, no monitoramento e na prestação de contas dos projetos audiovisuais que se beneficiam desses incentivos fiscais.

A Ancine atua como agente mediador e regulador, facilitando o financiamento de projetos por meio de renúncias fiscais e, simultaneamente, incentivando a participação do setor privado. Essa dualidade de fomento e regulação é um aspecto singular de sua atuação. A Ancine encarna papel duplo, sendo simultaneamente facilitadora de financiamento e supervisora da indústria. Essa abordagem integra-

da permite compreensão mais holística do setor, o que pode levar a decisões políticas mais bem informadas. Contudo, também levanta questões sobre potenciais conflitos de interesse ou o equilíbrio entre promover o crescimento e garantir a conformidade rigorosa.

A criação, em 2006, do Fundo Setorial do Audiovisual (“FSA”), que introduziu mecanismos de financiamento direto, não substituiu o modelo de incentivo fiscal, mas o complementou, garantindo que a Lei Rouanet permanecesse como parte integrante do panorama de financiamento do setor. O fato de o FSA ter complementado, e não substituído, os incentivos fiscais sublinha a importância duradoura dessa função dupla da Ancine.

A Ancine também é responsável pela coleta de dados de distribuidores e exibidores de filmes para monitorar o mercado cinematográfico, considerando essas informações como “primárias” devido aos sistemas de integração e submissão diária. A publicação de sua base de dados agregados, por meio do portal Observatório do Cinema e Audiovisual (“OCA”), é uma obrigação legal. Adicionalmente, os produtores de conteúdo audiovisual são legalmente obrigados a registrar seus filmes na Ancine para fins fiscais.

5.2. Lei do Incentivo à Cultura.

A Lei nº 8.313/1991, amplamente conhecida como Lei Rouanet, foi estabelecida com o propósito fundamental de instituir o Programa Nacional de Apoio à Cultura (“Pronac”), visando à captação e ao direcionamento de recursos para o setor cultural no Brasil. Sancionada em 23 de dezembro de 1991, a legislação consolidou-se como a principal política pública de incentivo à cultura no país desde então, acumulando 33 anos de existência e desempenhando papel crucial na democratização do acesso à cultura e na preservação das tradições nacionais.

5.2.1.Mecanismos de Fomento.

O Pronac opera por meio de três mecanismos de fomento distintos, conforme estabelecido pela legislação:

(i) Fundo Nacional da Cultura (“FNC”): Este fundo tem como finalidade captar e destinar recursos para projetos culturais que estejam em consonância com os objetivos do Pronac. O FNC busca especificamente estimular a distribuição regional equitativa dos recursos, favorecer projetos interestaduais, apoiar iniciativas que enfatizem o aperfeiçoamento profissional e artístico, contribuir para a preservação do patrimônio cultural e histórico e atender às necessidades da produção cultural e aos interesses da coletividade. É administrado pelo Ministério da Cultura (“MinC”) e pode conceder apoio tanto a fundo perdido quanto por meio de empréstimos reembolsáveis. Seus recursos provêm de diversas fontes, incluindo o Tesouro Nacional, doações, legados, subvenções, saldos não utilizados de projetos, devolução de recursos e percentuais da arrecadação de fundos de investimentos regionais e concursos de prognósticos e loterias federais.

(ii) Fundos de Investimento Cultural e Artístico (“Ficart”): A lei autoriza a criação de Ficart sob a forma de condomínio, sem personalidade jurídica, para aplicação em projetos culturais e artísticos. São considerados projetos culturais e artísticos elegíveis: a produção comercial de instrumentos musicais, discos, vídeos, filmes e outras reproduções fonovideográficas; a produção comercial de espetáculos teatrais, de dança, música, canto, circo e atividades congêneres; a edição comercial de obras relativas às ciências, letras e artes; a construção, restauração, reparação ou equi-

pamento de salas e ambientes para atividades culturais de entidades com fins lucrativos; e outras atividades comerciais ou industriais de interesse cultural. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Ficart são isentos de impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e de imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza na fonte, mas os rendimentos distribuídos aos cotistas estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 25%.

(iii) Incentivo a Projetos Culturais (“Mecenato”): Este mecanismo faculta a pessoas físicas ou jurídicas a opção de aplicar parcelas do Imposto sobre a Renda devido a título de doações ou patrocínios para projetos culturais que tenham sido previamente aprovados pelo Ministério da Cultura. Os contribuintes podem deduzir do Imposto de Renda devido as quantias efetivamente gastas em projetos aprovados, dentro dos limites e condições estabelecidos pela legislação do Imposto de Renda.

A análise dos mecanismos de fomento da Lei Rouanet revela um desequilíbrio estrutural significativo. Embora a lei estabeleça três pilares – FNC, Ficart e Mecenato – a prática demonstra uma ênfase desproporcional no mecanismo do Mecenato. As descrições detalhadas de seu funcionamento, limites de dedução e benefícios para patrocinadores contrastam com a menor exploração dos detalhes operacionais e do impacto real do FNC e do Ficart na mobilização de recursos. Essa predominância do incentivo fiscal como canal de financiamento cultural transfere, inerentemente, o poder de formulação da política cultural do Estado para corporações e indivíduos privados, o que pode levar a questões de concentração de recursos. É lícito concluir que um sistema verdadeiramente plural de promoção cultural, conforme a intenção original do Pronac, não está sendo plenamente realizado.

A Lei Rouanet estabelece limites máximos de captação, que variam conforme o tipo de proponente: R\$ 500 mil para pessoas físicas, R\$ 1 milhão para microempresas e até R\$ 10 milhões para grandes empresas, com a possibilidade de extensão desses tetos em casos especiais, como a restauração de patrimônio histórico.

A Instrução Normativa MinC nº 23/2025 introduziu tetos de captação específicos e mais detalhados para diversos formatos audiovisuais, visando distribuição mais equitativa e direcionada dos recursos. Esse nível de detalhe sugere esforço para proporcionar maior clareza e previsibilidade aos proponentes, tornando o processo de inscrição mais transparente e, potencialmente, reduzindo os entraves burocráticos. Mais importante, reflete empenho estratégico para incentivar tipos específicos de produções audiovisuais que, de outra forma, poderiam ter dificuldade em obter financiamento dentro de categorias mais amplas.

5.2.2. Mudanças Recentes na Legislação (IN MinC nº 23/2025).

Publicada em 5 de fevereiro de 2025, a Instrução Normativa MinC nº 23/2025 introduziu alterações significativas com o objetivo de modernizar e desburocratizar os processos da Lei Rouanet. Essas mudanças representam uma resposta regulatória às críticas de longa data sobre a concentração de recursos e a busca por equidade.

As principais alterações já implementadas incluem, entre outras: (a) redução do prazo mínimo para submissão de propostas, de 60 para 30 dias antes do início da execução e (b) definição de novos limites de valores por projeto: R\$ 500 mil para pessoa física e R\$ 1,5 milhão para pessoa jurídica, com limites diferenciados para projetos especiais (até R\$ 6 milhões para leitura, inclusão, exposições, festivais e espetáculos com itinerância; até R\$ 15 milhões para festivais, bienais, feiras, teatro musical e ópera). Houve também a introdução de novos tetos de captação específicos para projetos audiovisuais, conforme detalhado na Seção 5.2.1.

O Ministério da Cultura tem atuado em colaboração com grandes empresas e estatais para, conforme afirma, promover a descentralização da aplicação de recursos, gerenciar editais específicos, estabelecer ações direcionadas a territórios historicamente menos favorecidos e implementar cotas e ações afirmativas. Assim, a nova Instrução Normativa busca não apenas facilitar a apresentação e aprovação de projetos, mas também assegurar que as iniciativas culturais respeitem princípios de acessibilidade e sustentabilidade, refletindo esforço contínuo de aprimoramento da lei.

5.3. Lei do Audiovisual.

À época de sua criação, em 1993, a Lei do Audiovisual surgiu como mecanismo simples de incentivo direto pelo contribuinte ao audiovisual brasileiro. A legislação, em complemento às previsões genéricas da Lei nº 8.313/91, lentamente retomou o incentivo público à cultura após o desmonte promovido pelo governo Fernando Collor (1990-1992) de alguns dos antigos instrumentos de fomento do cinema brasileiro, como parte do Programa Nacional de Desestatização (“PND”).

A Lei do Audiovisual é estruturada de forma que são claramente delimitados: (a) os sujeitos passíveis de benefício fiscal; (b) as produções que permitem tal benefício; (c) as modalidades e os limites dos aportes a ele atrelados; e (d) a coexistência das modalidades de fomento previstas com outros incentivos vigentes em lei.

Em bases simples, e conforme seu artigo 1º, a lei estabelece que, em razão de investimentos em produções brasileiras independentes, serão concedidas deduções fiscais limitadas no Imposto de Renda das pessoas físicas ou jurídicas que, por meio da aquisição de quotas representativas dos direitos de comercialização de tais produções, fomentarem o audiovisual brasileiro. A dedução poderá ser feita do Imposto de Renda de pessoas físicas ou de pessoas jurídi-

cas que optarem pelo regime de lucro real, seja este apurado anual ou mensalmente.

Como mencionado anteriormente, o benefício está restrito a produções nacionais e independentes, sendo estas a intersecção entre os conceitos definidos pela lei. Define-se obra cinematográfica e videofonográfica de produção independente como aquela cuja empresa produtora, detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra, não tenha nenhuma associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas de serviços de radiodifusão de sons e imagens ou operadoras de comunicação eletrônica de massa por assinatura. Obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira é aquela que atende aos requisitos de ser produzida por empresa produtora brasileira registrada na Ancine, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no país há mais de três anos, e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de cinco anos.

5.3.1. Modalidades de Investimento.

Quanto às modalidades e limitações de investimento e benefícios previstos em lei, é possível dividi-los em quatro principais categorias. Para o presente trabalho, destacam-se principalmente os artigos 3º e 3-A. Tais artigos determinam que os contribuintes do Imposto de Renda incidente sobre a remessa de royalties ao exterior poderão se beneficiar de abatimento de 70% do imposto devido, desde que invistam em projetos aprovados pela Ancine. Os benefícios previstos nos artigos 3º e 3-A se destinam, respectivamente, aos contribuintes do Imposto de Renda incidente nos termos do artigo 13 do Decreto-Lei nº 1.089, de 1970 e do artigo 72 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, quais sejam:

Art. 13. As importâncias pagas, creditadas, empregadas, remetidas ou entregues aos produto-

res, distribuidores ou intermediários no exterior, como rendimentos decorrentes da exploração de obras audiovisuais estrangeiras em todo o território nacional, ou por sua aquisição ou importação a preço fixo, ficam sujeitas ao imposto de 25% na fonte.

e

Art. 72. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior pela aquisição ou pela remuneração, a qualquer título, de qualquer forma de direito, inclusive à transmissão, por meio de rádio ou televisão ou por qualquer outro meio, de quaisquer filmes ou eventos, mesmo os de competições desportivas das quais faça parte representação brasileira.

Mais do que o simples benefício, é fundamental salientar que este só será aplicável para (a) projetos de produção da obra cinematográfica brasileira de longa-metragem de caráter independente; e (b) coprodução de telefilme, minissérie ou obra cinematográfica brasileira.

5.3.1.1. Impacto na Estruturação Jurídica do Setor.

Desde sua implementação, a Lei do Audiovisual se mostrou importante instrumento para o subsídio do setor no país e para o incentivo de coproduções. Concomitantemente, e talvez de maneira acidental, moldou também a relação jurídica pela qual parcerias e investimentos na área são desenvolvidos no país, dando origem aos contratos de produção/coprodução, no lugar de onde tradicionalmente se optaria por sociedades limitadas ou de propósito específico

(considerando a opção feita em outros países como os Estados Unidos).

Sobre o impacto dessa escolha, Rodrigo Salinas elabora:

A novidade é que a lei do audiovisual de 1993 emprega o termo coprodução para significar a utilização pelo contribuinte estrangeiro do benefício fiscal. Em outras palavras, a ação de coproduzir, e não mais de aplicar, passa a ser o gatilho para o gozo do incentivo fiscal previsto no art. 3 da Lei do Audiovisual e, por conseguinte, o contrato de coprodução passa a ser o veículo para esse investimento. [...] A importância do emprego do conceito de coprodução, em contraposição ao conceito de aplicar ou simplesmente investir, advém de que [...] a coprodução é um arranjo contratual que resulta na divisão de direitos autorais do filme coproduzido entre os agentes econômicos que se associaram com o objetivo de realizar esse filme. Compartilhar direitos autorais implica, em tese, o exercício comum do controle sobre a comercialização da obra. Este traço distintivo é um dos elementos essenciais do contrato de coprodução.³⁸

Conclui-se, portanto, que a Lei do Audiovisual passou a empregar o termo coprodução como instituto jurídico destinado a ser o veículo para o financiamento da produção audiovisual, independentemente da utilização de acordo internacional de coprodução.

38 SALINAS, R. K. *Contrato de Coprodução Audiovisual: Uma Operação Econômica em Rede*, São Paulo, 2016.

5.4. Funcine.

Os Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional (“Funcine”) inserem-se no arcabouço de políticas públicas brasileiras voltadas ao fomento cultural, com a Lei nº 8.313/1991, conhecida como Lei Rouanet, atuando como seu pilar central. Em um cenário de crescente reconhecimento da economia criativa como motor de desenvolvimento, os Funcine emergem como instrumentos complementares e estratégicos para canalizar investimentos específicos para a indústria audiovisual.

Como elencado anteriormente, a Ancine assumiu papel central na gestão e regulação do setor audiovisual, atuando como mediadora e reguladora, facilitando o financiamento de projetos por meio de renúncias fiscais e incentivando a participação do setor privado. Essa função dupla de fomento e fiscalização posiciona a Ancine como agente crucial na conformação do mercado audiovisual, garantindo que os recursos sejam aplicados de forma a impulsionar a produção e a distribuição de conteúdo nacional.

Historicamente, o modelo de incentivo fiscal, embora eficaz na mobilização de capital, tem sido alvo de críticas quanto à concentração de recursos em grandes centros urbanos e em projetos de artistas já estabelecidos, muitas vezes impulsionada por interesses de marketing corporativo. Essa dinâmica, que delega a decisão sobre a alocação de recursos públicos à iniciativa privada, levanta questões sobre a efetiva democratização do acesso à cultura e a regionalização do fomento.

A necessidade de superar esses desafios impulsiona a busca por aprimoramentos contínuos nos instrumentos de política pública. Nesse contexto, a Ancine lançou consulta pública, aberta de 29 de abril a 12 de junho de 2025, com o objetivo de refinar a nova regulamentação dos Funcines. A proposta de Instrução Normativa busca tornar o mecanismo mais atraente, dinâmico e eficaz, alinhando-o às necessidades atuais do setor e do ambiente regulatório.

Entre as medidas propostas, destacam-se a supressão de limites de investimento, a extensão dos prazos de retorno financeiro, a eliminação de limites de recuperação prioritária e a possibilidade de financiamento integral para projetos de comercialização e distribuição. Adicionalmente, a consulta promove debate sobre a inclusão de projetos de jogos eletrônicos como elegíveis para o financiamento dos Funcines, em consonância com o reconhecimento formal desses jogos como obras audiovisuais pela Lei nº 14.852/2024.

As propostas em discussão sinalizam uma transição para um modelo de investimento mais estratégico e orientado para o mercado, com potencial para ampliar significativamente o alcance e o desempenho comercial das obras audiovisuais brasileiras. O foco no financiamento da distribuição é particularmente relevante, dado que estudos indicam retorno financeiro superior quando o subsídio é direcionado a essa etapa da cadeia de valor. Ao modernizar os mecanismos de financiamento e expandir o escopo para novas mídias, como os jogos eletrônicos, a Ancine busca não apenas impulsionar a produção cultural, mas também fortalecer a economia criativa, gerar empregos qualificados e promover a inovação tecnológica no país.

6. Contratos de Coprodução.

Ao longo do tempo, a opção brasileira pela formalização de acordos de coprodução decorreu de uma combinação estratégica de elementos econômicos, culturais e políticos. Longe de ser acidental, tal medida representou uma solução deliberada para as demandas e os obstáculos enfrentados na edificação de um setor audiovisual doméstico sólido e capaz de competir globalmente, muito embora tal opção tenha em muitos aspectos afastado o Brasil das melhores práticas contratuais utilizadas no setor ao redor do mundo. Os contratos de coprodução se tornaram o instrumento basilar do entretenimento, em grande parte, por serem moldados conforme os termos das leis de incentivo.

Antes de nos debruçarmos sobre a análise dos contratos de coprodução em si, é necessário melhor compreender seu objeto.

A coprodução pode ser definida como um meio de financiamento compartilhado para a produção de obras audiovisuais e, nesta perspectiva, um instrumento para diluição do risco de todos os participantes.³⁹ Nesta relação, cada parte se compromete a contribuir financeira, artística ou tecnicamente para a produção em troca de proveito proporcional das eventuais receitas. A coprodução pode ter as mais variadas configurações, seja no que diz respeito aos aportes financeiros realizados ou, ainda, à distribuição das decisões criativas e do poder decisório.

Como instrumento de diluição de risco e compartilhamento de custos, a coprodução ganha popularidade na Europa como resposta ao crescimento vertiginoso das produções de Hollywood. Países como França, Espanha, Alemanha e Itália passaram a se unir através de acordos de coprodução⁴⁰ em uma tentativa de frear o avanço dos produtos americanos em seu território. Sobre a lógica da adoção do modelo de coprodução, Salinas elabora:

A decisão de adotar coproduções oficiais como um meio de financiamento para a produção audiovisual é decorrente de uma estratégia financeira e comercial, estratégia esta que é importantíssima para um empreendimento de alto risco. Com efeito, para além de permitir a diversifica-

39 GIVEN, David. Film Co-Production: The Producer's Perspective. *The Journal of Arts Management, Law, and Society*, [S. l.], v. 25, n. 4. p. 306-319, 1996.

40 Acordos de coprodução são acordos internacionais, bi ou multilaterais, que estimulam a colaboração entre países para o desenvolvimento de produções audiovisuais através de (i) subsídios às produções ou (ii) limitação à importação ou à exibição de conteúdos estrangeiros nas redes de exibição domésticas, cinemas e televisão. Os acordos pressupõem a associação de produtoras audiovisuais de múltiplos países para desenvolvimento conjunto da obra, sendo neles delimitadas as obrigações de colaboração, comercialização e partilha dos resultados e a distribuição dos direitos autorais sobre a obra. SALINAS, R. K. *Contrato de Coprodução Audiovisual: Uma Operação Econômica em Rede*. São Paulo: [S.l.], 2016.

ção de fontes de financiamento para um mesmo projeto, as coproduções permitem o acesso a financiamentos generosos, pois ocorrem via subsídios não retornáveis ou, caso retornáveis, em condições vantajosas em relação àquelas do mercado bancário tradicional. Além disso, por resultarem na nacionalização das obras resultantes, uma das consequências mais diretas das coproduções oficiais é ampliar o potencial de vendas de uma obra, pois ela poderá cumprir os requisitos das quotas de conteúdo nacional, ou de conteúdo nacional e independente, que são comuns em diversos países.

A adoção do modelo de coprodução permitiu que o continente europeu competisse de maneira mais próxima com a escala dos filmes norte-americanos, seja em decorrência dos orçamentos maiores ou do trânsito de grandes estrelas de cinema europeias em produções de diversos países.

No Brasil, como apontado anteriormente, a própria legislação, por meio da Lei do Audiovisual, se apropria do termo para designar “quaisquer arranjos contratuais de cofinanciamento ou mesmo de compartilhamento de produção de uma obra audiovisual” (SALINAS, 2016. p. 25).⁴¹ Entretanto, em momento algum a legislação se preocupa em delimitar a forma jurídica de dita relação, pelo menos não inicialmente. Atualmente, a forma dos contratos de coprodução é prevista em instrumentos normativos infralegais publicados pela Ancine, inclusive para obtenção de benefício fiscal. A Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e a Lei do Audiovisual estabelecem as bases para a definição de obra brasileira e os requisitos de participação nacional. A Instrução Normativa Ancine nº 106/2012, por exemplo, detalha os elementos contratuais obrigatórios, a divisão de direitos patrimoniais

41 SALINAS, R. K. *Contrato de Coprodução Audiovisual: Uma Operação Econômica em Rede*. São Paulo: [S.l.], 2016. p. 25.

e receitas, e as exigências para que coproduções internacionais sejam reconhecidas para fins da arrecadação de benefícios fiscais.

Em sua configuração atual, a coprodução no Brasil consiste na concatenação⁴² de três negócios jurídicos: (i) a coprodução em si; (ii) a licença para exibição; e (iii) a distribuição comercial dos direitos autorais sobre a obra produzida. Nestes negócios jurídicos estão contidos os esforços técnicos, financeiros e criativos de diversas partes e o emaranhado de direitos autorais que serão originados a partir da obra final.

Dada a complexidade da coprodução, embora esta esteja contida em um ou alguns contratos de coprodução centrais, a produção como um todo será composta por uma rede de contratos relacionados que regulam os direitos e as obrigações dos múltiplos agentes econômicos envolvidos no empreendimento.

Nesta perspectiva, argumentamos que o financiamento à produção audiovisual pode ser analisado como uma atividade que se estrutura juridicamente por meio de uma rede de contratos coligados, rede esta que é integrada por vários agentes econômicos que cooperam intensamente entre si para alcançar um fim comum, que é a produção e exibição de uma obra audiovisual, e então repartir os seus benefícios. É inerente a tal rede contratual um paradoxo, pois os agentes econômicos integrantes da rede devem cooperar entre si para alcançarem a maior vantagem possível

42 Conforme destaca Rodrigo Salinas, é importante observar que tal concatenação só se faz possível “pelo fato de que as programadoras estrangeiras são, também, donas de canais de televisão por assinatura comercializados no Brasil, como, por exemplo, a ESPN, a Fox, a Turner ou a HBO. Os canais programados por essas programadoras demandam conteúdo para exibir. Assim, tornou-se um atrativo unir as três pontas do negócio, isto é, produzir conteúdo com dinheiro de imposto e aproveitar esse conteúdo para preencher a grade de programação de canais próprios e, ainda, controlar a sua comercialização no mercado”. SALINAS, R. K. *Contrato de Coprodução Audiovisual: Uma Operação Econômica em Rede*. São Paulo: [S.I.], 2016. p. 42.

para si próprios, ou seja, a melhor vantagem para si depende da melhor vantagem para a rede.⁴³

Ao tratar da complexidade das redes contratuais, Rodrigo Salinas (2016) aponta que nestas as obrigações se relacionam de forma cooperativa e interdependente, o que cria responsabilidade entre as partes de um mesmo contrato, mas também, implicitamente, entre partes de contratos em rede.

Como ponto central da rede contratual, o contrato de coprodução dispõe sobre o controle da obra, por meio da cotitularidade dos direitos autorais patrimoniais e morais desta. Tais direitos facultam ao seu detentor a tomada de decisões quanto a comercialização e distribuição do produto final.

Em sua integridade, o contrato de coprodução da obra deverá dispor sobre (i) o nível de participação e envolvimento de cada parte no processo de produção; (ii) os proventos econômicos de sua comercialização; (iii) a divisão dos direitos autorais e/ou sua cotitularidade; e (iv) a alocação do poder decisório.

Conforme apontado anteriormente, é importante elencar que raramente o contrato de coprodução é uno, ou seja, uma mesma produção costuma ser contratada por meio de arranjos contratuais *sequenciais e sucessivos*, podendo estar voltados ao financiamento ou à realização da produção.

Para além dos contratos de coprodução, a obra audiovisual pode ser financiada por meio de contrato de investimento ou mútuo, licença ou locação de exibição, distribuição ou, ainda, parceria.

Aqui é importante reforçar que todas as modalidades de financiamento e relações compreendidas na rede contratual supra descrita visam uma única operação econômica: a produção do filme. Entretanto, a configuração jurídica pela qual a coprodução toma forma tem alguns poréns:

43 SALINAS, R. K. *Contrato de Coprodução Audiovisual: Uma Operação Econômica em Rede*. São Paulo: [S.l.], 2016. p. 71.

Contudo, a existência de uma única operação econômica subjacente a numerosos contratos, bilaterais ou multilaterais, reunindo agentes imbuídos do mesmo objetivo econômico, que atuam de forma interdependente e cooperada entre si, *não elimina o fato de que esses agentes terão os seus próprios interesses, sendo que esses interesses nem sempre serão coincidentes*. Daí decorre o paradoxo entre competir e cooperar, pois o ganho para todos é a fortuna de cada um individualmente. Veja-se, por exemplo, a hipótese do produtor que participará do resultado econômico do filme no mundo todo e o distribuidor que adquire direitos de distribuição apenas para o território especificado no contrato: esses agentes, possivelmente, terão opiniões divergentes sobre, por exemplo, a participação de um artista estrangeiro como ator do filme, já que o distribuidor estará mais preocupado com o seu próprio mercado e com a entrega rápida do filme, ao passo que o produtor tenderá a se preocupar com o desempenho do filme no maior número possível de países e, para isso, a presença de um artista conhecido no exterior tende a ser importante. (SALINAS, 2019. p. 100)

A complexidade da rede contratual criada pelo modelo de coprodução pode nos fazer questionar se os contratos que a tipificam são, efetivamente, o meio mais adequado para tanto. Ao retornarmos ao conceito de contratos incompletos, em um primeiro plano, a existência de obrigações e agentes interdependentes cujos interesses e opiniões excedem os limites do contrato de coprodução cria alto grau de *moral hazard*. Em um segundo plano, por ser uma atividade criativa, o simples objeto contratual possui alto grau de imprevisibilidade e, portanto, é particularmente moroso para ser contingenciado, aumentando o grau de incompletude do contrato (tanto que a materialização dos “e se’s” de uma produção audiovisual não costuma fazer parte dos contratos de produção).

A legislação brasileira desempenha papel determinante na forma e no conteúdo dos contratos de coprodução audiovisual, indo muito além de ser mero arcabouço legal. Por meio da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, da Lei do Audiovisual e, principalmente, das Instruções Normativas e Deliberações da Ancine, são estabelecidos critérios rigorosos para a definição de obra brasileira, a participação de profissionais nacionais, a titularidade de direitos patrimoniais e a divisão de receitas. A conformidade com essas exigências é crucial para o acesso a mecanismos de fomento como a Lei Rouanet e os Funcines, que, por sua vez, impõem limites orçamentários e condições específicas que devem ser refletidas contratualmente. A complexidade e a constante evolução desse ambiente normativo ressaltam a indispensabilidade de assessoria jurídica especializada para a estruturação de contratos que garantam a segurança jurídica, a viabilidade econômica e o reconhecimento oficial das coproduções no cenário audiovisual brasileiro.

7. Securitização no Audiovisual.

Uma vez apresentados todos os conceitos essenciais ao presente artigo, resta solucionar sua pergunta central: Como mitigar a incompletude inerente dos contratos de coprodução sem alterar sua forma?

A complexidade intrínseca ao setor audiovisual brasileiro, com seus ciclos de produção longos e a alta dose de imprevisibilidade inerente à natureza criativa, frequentemente resulta em um cenário de contratos que não podem antecipar todas as eventualidades futuras. Ao deixar lacunas e pontos de incerteza, essa incompletude contratual eleva os riscos para investidores e dificulta a atração de capital, uma vez que as expectativas de controle e as garantias de retorno se tornam menos nítidas. Nesse contexto, a securitização de ativos emerge como ferramenta financeira estratégica capaz de reconfigurar a dinâmica de investimento.

Ao transformar fluxos de recebíveis futuros — como direitos de exibição ou incentivos fiscais aprovados — em títulos negociáveis

no mercado de capitais, a securitização oferece um caminho para converter ativos de difícil precificação em instrumentos padronizados. Este processo não só confere maior liquidez aos investimentos, mas também permite que o risco seja distribuído entre múltiplos participantes, diluindo a exposição individual e, assim, tornando o setor mais atraente para diversas fontes de capital que, de outra forma, hesitariam em ingressar neste mercado.

8. Incompletude, Redes Contratuais e a Securitização.

Como elencado nos capítulos anteriores, a atividade criativa é inerentemente arriscada, o que implica, basicamente, em dois aspectos: (i) o alto grau de subjetividade do produto final incita precificação igualmente subjetiva e, portanto, até certo ponto, imprevisível; e (ii) sua formalização em contratos complexos está fadada a alto grau de incompletude, dada, principalmente, a existência do *moral hazard* entre as partes.

Entretanto, como demonstrado pelo exemplo dos *Bowie Bonds*, existem casos e casos no que diz respeito ao risco atrelado aos variados ativos do audiovisual. Um contrato de coprodução de um filme independente, com poucos recursos e alto grau de informalidade, possui risco altíssimo. Por outro lado, um contrato de licenciamento de imagem de personagens de uma grande franquia tem retorno quase líquido e certo.

Nesse sentido, o contrato de coprodução *à brasileira* pode parecer apenas mais uma jaboticaba que desnecessariamente incorre em mais risco para as partes contratadas. Porém, ao destrinchá-lo sob a ótica de *rede contratual* estabelecida por Rodrigo Salinas, ele se revela um candidato excelente para a securitização.

Neste ponto, é válida uma breve digressão reiterando os ativos audiovisuais previstos pela RCVm nº 06/2020 como sendo passíveis de securitização, na forma de Certificados de Investimento Audiovi-

sual (“CAV”), a saber: os “direitos de comercialização de obras e projetos específicos da área audiovisual cinematográfica brasileira de produção independente, bem como os de exibição, distribuição e infraestrutura técnica, apresentados por empresa brasileira de capital nacional” (CVM, 2020). O objeto da resolução trata exatamente do rol de contratos e ativos que compõem a rede contratual que distingue o contrato de coprodução.

Essa flexibilização regulatória permite que empresas do setor audiovisual securitizem seus fluxos de receita futuros, de forma similar aos *Bowie Bonds*. Produtoras, distribuidoras e exibidoras podem, por exemplo, empacotar e vender os direitos sobre receitas de licenciamento de filmes e séries para plataformas de *streaming*, direitos de distribuição em diferentes janelas (cinema, TV, *home video*), ou até mesmo royalties de trilhas sonoras e produtos derivados. Ao transformar esses ativos ilíquidos em títulos negociáveis, as empresas audiovisuais obtêm capital imediato, o que é crucial para o fluxo de caixa e a viabilização de novos projetos.

As oportunidades geradas são multifacetadas. A securitização oferece uma alternativa ao financiamento bancário tradicional, que muitas vezes impõe condições restritivas e altas taxas de juros, permitindo que as empresas acessem diretamente os mercados de capitais. Isso diversifica as fontes de capital, amplia a base de investidores (incluindo investidores globais que buscam diversificação e estabilidade em seus portfólios) e pode resultar em custos de captação mais competitivos. Para o setor audiovisual, significaria maior autonomia financeira, capacidade de investir em produções de maior porte e em infraestrutura (como inovação tecnológica e acessibilidade) e possibilidade de acelerar a expansão e o crescimento, impulsionando a economia criativa no país de forma mais robusta e sustentável.

Mas por que a natureza de rede contratual torna o contrato de coprodução um bom candidato para a securitização? Aqui, retornamos para o exemplo da indústria farmacêutica. Em atividades de alto risco, é muito mais interessante lastrear o *security* a ser comercializa-

do com uma mistura de ativos diversos. Para diluir o risco, mostra-se fundamental a prerrogativa de agrupar obrigações de curto, médio e longo prazos e risco igualmente variável.

Dentre todos os segmentos da cadeia, isto é, produção, distribuição e consumo, o segmento de produção é aquele que exige o maior volume de capital e, justamente, aquele que concentra o maior risco para o investidor. (SALINAS, 2019. p. 77)

Correndo o risco de incorrer em repetições, já deve ter ficado claro até aqui que, por mais que os contratos de coprodução sejam uma pérola particular, estes não devem de forma alguma ser indiscriminadamente condenados. Como mencionado anteriormente, está fora do escopo do presente artigo propor quaisquer alterações em matéria de forma. Todavia, é necessário enfrentar de algum modo seu alto grau de incompletude.

Como proposto ao final do Capítulo 4, é possível aproximar o investidor e o artista do *pareto optimum* através da redefinição do objeto de sua relação. Cria-se por meio da securitização uma nova ordem de investidores cuja relação com a produtora/artista se restringe ao aporte de capital via aquisição de certificados de recebíveis com retorno pré-fixado. Nessa nova relação, não há que se falar em interesses supervenientes ou conflitantes entre as partes. Como a securitização aparta o retorno do investimento do controle decisório sobre a produção audiovisual, em momento algum o investidor se sente compelido a se sobrepor aos interesses artísticos da produção – até porque, dada a natureza dos certificados de recebíveis, isso jamais será uma possibilidade.

Dessa forma, a securitização não só propõe uma via mais barata de acesso ao crédito (dada a desintermediação inerente à operação), como também resolve parte das ineficiências contidas na incompletude dos contratos de coprodução.

Dada a nova era do entretenimento, pautada pelos serviços de *streamings* e pelos avanços da legislação brasileira, tal conclusão nunca foi mais oportuna.

Do lado do arcabouço legal, com o Marco Legal da Securitização e a RCVM nº 06/2020 amplia-se a segurança jurídica e abrem-se novas perspectivas para efetiva disseminação e aceitação dos *securities* no mercado.

Do lado dos *streamings*, embora haja pouca transparência quanto ao modelo de remuneração adotado pelas principais plataformas,⁴⁴ os *residuals* derivados de determinados títulos podem constituir candidatos perfeitos para diluir os riscos de outros ativos e impulsionar o desenvolvimento de projetos autorais mais arriscados.

Conclusão.

O presente artigo buscou analisar a relação entre a teoria dos contratos incompletos e o setor audiovisual brasileiro, investigando o possível uso da securitização de ativos como mecanismo de mitigação de riscos e atração de investimentos. Ao longo deste estudo, evidenciou-se que a natureza inerentemente incerta e a alta especificidade dos investimentos na produção audiovisual, conforme abordado pela teoria dos contratos incompletos, geram lacunas contratuais significativas. Se não endereçadas, essas lacunas podem desincentivar o investimento e a inovação em um setor vital para auxiliar o desenvolvimento ulterior da economia e da cultura nacional.

Constatou-se que a securitização de recebíveis do audiovisual — como direitos de exibição, receitas de licenciamento e incentivos fiscais — emerge como ferramenta financeira promissora para transformar ativos ilíquidos em títulos negociáveis. Essa conversão confere

⁴⁴ BOYLE, A. *This year's upfront results showcase Netflix's lack of transparency*. AdExchanger. 2024.

maior liquidez e previsibilidade aos fluxos de caixa futuros, elementos cruciais para um setor que historicamente enfrenta desafios de financiamento. Verificou-se que, ao permitir a antecipação de receitas e a diluição de riscos entre múltiplos investidores, a securitização não só melhora a estrutura de capital das produções audiovisuais, mas também tem condições de expandir o universo de potenciais financiadores para além dos tradicionais.

Ademais, a análise demonstrou que, ao estruturar as garantias e o fluxo de pagamento de forma mais robusta, a securitização pode de fato preencher algumas das lacunas deixadas pelos contratos incompletos, oferecendo maior segurança jurídica e econômica aos envolvidos. Contudo, é fundamental que a regulamentação e as práticas de mercado garantam a transparência e a solidez dessas operações, evitando a criação de novas assimetrias de informação ou riscos sistêmicos.

A aplicação da securitização de ativos no audiovisual brasileiro representa um caminho viável para enfrentar os desafios impostos pela incompletude contratual, estimulando o crescimento e a sustentabilidade do setor. Recomenda-se, portanto, um aprofundamento das discussões sobre modelos de securitização adaptados às particularidades do audiovisual brasileiro, bem como a contínua evolução do arcabouço regulatório para otimizar os benefícios dessa ferramenta financeira. Os achados desta pesquisa reforçam a necessidade de abordagens inovadoras que conciliem as especificidades do mercado audiovisual com as melhores práticas de gestão de riscos e investimento.

MODELOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS: A ANÁLISE JURÍDICA DOS TEMAS 29 E 30/TST À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF¹

CONTEMPORARY CONTRACTUAL MODELS: THE LEGAL ANALYSIS OF THEMES 29 AND 30/TST IN LIGHT OF THE STF'S PRECEDENTS

*Osmar Paixão Côrtes**

*Felipe Danin***

Resumo: O trabalho analisa as controvérsias jurídicas colocadas nos Temas 29 e 30, atualmente em julgamento pelo TST, com foco nas questões de competência jurisdicional e no mérito das controvérsias. Examina-se a evolução da jurisprudência do STF, que reconheceu a validade constitucional da terceirização e da pejetização como formas legítimas de organização do trabalho. Aponta-se que a Justiça do Trabalho tem resistido a essa orientação, o que motivou a instauração dos IRRs que deram origem aos referidos temas. O estudo distingue tecnicamente as relações empregatícias, empresariais e societárias e conclui que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar os casos dos Temas 29 e 30, pois envolvem, inicialmente, a validade de contratos empresariais. No mérito, demonstra-se que o reconhecimento de vínculo de emprego no Tema 29 só é possível diante de simulação contratual comprovada e má-fé da tomadora, enquanto no Tema 30 a caracterização de vínculo é inviável em razão da constituição voluntária da pessoa jurídica pelo prestador e da incidência do princípio do *venire contra factum proprium*.

¹ Artigo recebido em: 08.04.2025 e aceito em: 14.05.2025.

* Professor titular do PPGD/IDP. Pós-doutor em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em direito pela PUC/SP. Mestrado em direito pela Universidade de Brasília (Unb). E-mail: osmar@paixaocortes.adv.br

** Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo DP. Graduado em 2023 no Centro Universitário de Brasília-UniCeub. E-mail: felipe.danin@paixaocortes.adv.br

Palavras-chaves: Terceirização. Pejotização. Vínculo de Emprego. Competência Jurisdicional. Contrato Empresarial.

Abstract: This paper analyzes the legal controversies raised in Themes 29 and 30, currently under review by the Superior Labor Court (TST), focusing on jurisdictional competence and the merits of the disputes. It examines the evolution of the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF), which recognized the constitutional validity of outsourcing and "pejotização" as legitimate forms of work organization. It highlights that the Labor Justice system has resisted this orientation, which led to the initiation of the IRRs that gave rise to the referred themes. The study technically distinguishes employment, business, and corporate relationships and concludes that the Labor Court lacks jurisdiction to judge the cases in Themes 29 and 30, as they initially involve the validity of business contracts. On the merits, it demonstrates that the recognition of an employment relationship under Theme 29 is only possible in cases of proven contractual simulation and bad faith by the service recipient, while in Theme 30, such recognition is unfeasible due to the voluntary establishment of the legal entity by the service provider and the application of the principle of *venire contra factum proprium*.

Keywords: Outsourcing. "Pejotização". Employment Relationship. Jurisdictional Competence. Business Contract.

Sumário: Introdução. 1. Evolução jurisprudencial sobre terceirização e pejotização no STF. 2. Iniciativa da justiça do trabalho frente à jurisprudência vinculante do STF. 3. Distinções conceituais entre relações de emprego, empresária e societária. 4. Preliminar de incompetência atinente aos Temas 29 e 30. 5. Análise do mérito dos Temas 29 e 30. Considerações Finais.

Introdução.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a consolidar uma nova leitura constitucional sobre as formas de organi-

zação do trabalho, especialmente quanto à licitude da terceirização e da pejotização. Esse movimento ganhou força com decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que afastaram a antiga distinção entre atividade-meio e atividade-fim e reconheceram, com base na liberdade de iniciativa e na autonomia empresarial, a validade de modelos produtivos mais flexíveis. A Corte passou a afirmar que a Constituição não impõe um único modelo de produção e que a prestação de serviços pode assumir formatos variados, desde que fundados na vontade livre e consciente dos envolvidos e sem desvirtuamento da finalidade contratual.

Em paralelo, contudo, a Justiça do Trabalho manteve-se resistente a essa nova orientação, frequentemente reconhecendo vínculos de emprego em contextos empresariais validados pelo STF. O crescimento expressivo de reclamações constitucionais levou o Tribunal Superior do Trabalho (TST) a instaurar dois Incidentes de Recursos Repetitivos (IRR) para enfrentar diretamente a controvérsia. De um lado, o Tema 29 discute se é possível reconhecer vínculo empregatício entre terceirizado e tomador em caso de suposta fraude entre as empresas contratantes. De outro, o Tema 30 coloca em pauta a validade da pejotização, especialmente quando se trata de funções antes exercidas por empregados formais ou da conversão direta de contratos de trabalho em relações empresariais.

O problema abordado neste trabalho é a análise das controvérsias jurídicas suscitadas nos Temas 29 e 30 em julgamento pelo TST, examinando tanto as questões preliminares de competência para apreciação das demandas, quanto o mérito das controvérsias à luz dos parâmetros normativos e jurisprudenciais vigentes. A partir da distinção entre as diferentes naturezas jurídicas das relações envolvidas — empregatícia, empresarial e societária —, busca-se oferecer uma compreensão técnica e coerente com o ordenamento constitucional sobre os limites e possibilidades (ou não) de intervenção do Poder Judiciário nas formas contemporâneas de organização do trabalho.

Este artigo mostrará que a Justiça Trabalhista é incompetente para o julgamento das controvérsias colocadas nos Temas 29 e 30, uma vez que envolvem, inicialmente, a análise de contratos empresariais firmados entre pessoas jurídicas. No mérito, demonstrar-se-á que, no Tema 29, é possível o reconhecimento de vínculo de emprego apenas em hipóteses excepcionais, quando comprovada perante a Justiça Comum a ocorrência de simulação no contrato firmado, mediante demonstração inequívoca da má-fé da tomadora de serviços ou dela em conjunto com a prestadora; e que, no Tema 30, não há como se admitir a caracterização de vínculo empregatício, em razão do princípio do *venire contra factum proprium*, pois não é juridicamente aceitável que alguém se volte contra atos que praticou de forma livre, consciente e voluntária.

Para tanto, primeiro, será analisada a evolução da jurisprudência do STF quanto a terceirização e a pejetização, com destaque para o reconhecimento da legitimidade de modelos contratuais diversos da relação de emprego tradicional, especialmente após os julgamentos da ADPF 324 e do Tema 725 da repercussão geral. Em seguida, será examinado o modo como a Justiça do Trabalho tem reagido a essa nova orientação jurisprudencial, identificando-se uma resistência estrutural refletida tanto na manutenção de condenações por vínculo de emprego quanto na instauração dos IRRs que originaram os Temas 29 e 30. Também serão discutidos os critérios técnicos necessários à adequada distinção entre relações empregatícias, empresariais e societárias, a fim de delimitar corretamente os regimes jurídicos aplicáveis a cada tipo de vínculo analisado. Adicionalmente, será analisada a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para julgar os casos em questão, uma vez que envolvem relações jurídicas empresariais e societárias cujo exame de validade compete à Justiça Comum. Por fim, será explorado o mérito das controvérsias submetidas ao TST, demonstrando que, no Tema 29, o reconhecimento do vínculo de emprego só é admissível diante da comprovação inequívoca de simulação contratual e má-fé da tomadora, e que, no Tema 30, não há que se falar em vínculo empregatício diante da

constituição voluntária da pessoa jurídica pelo prestador e da aplicação do princípio do *venire contra factum proprium*.

Neste artigo, será adotada a técnica dedutiva, fundamentada em uma abordagem jurídico-compreensiva, que permite examinar o problema jurídico em sua complexidade e nas múltiplas dimensões normativas, teóricas e jurisprudenciais envolvidas² (MIRACY; DIAS, 2002). A pesquisa compreende uma revisão doutrinária e jurisprudencial voltada à análise das formas de organização produtiva no Direito contemporâneo, com destaque para a evolução dos entendimentos do STF quanto à terceirização e à pejotização, especialmente a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e do Tema 725 da repercussão geral. Também serão examinados os Temas 29 e 30 atualmente em julgamento no TST, à luz das qualificações jurídicas das relações empresariais, societárias e empregatícias, bem como os critérios legais e constitucionais para a definição da competência jurisdicional e para o reconhecimento, ou não, de vínculos empregatícios.

1. Evolução jurisprudencial sobre terceirização e pejotização no STF.

Nos últimos anos, o STF tem delineado um novo paradigma constitucional para a organização produtiva e as formas de prestação de trabalho. Em sede de controle concentrado e difuso de constitucionalidade,³ a Corte tem reiteradamente reconhecido a regularidade

2 MIRACY, Barbosa de Sousa Gustin; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

3 O controle de constitucionalidade pode ser exercido de forma difusa, quando realizado por qualquer juiz ou tribunal no julgamento de casos concretos, ou de forma concentrada, quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal por meio de ações próprias (como a ADI, a ADC e a ADPF), voltadas à defesa objetiva da Constituição. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 878-879.

de modelos contratuais diversos da clássica relação de emprego disciplinada pela CLT, admitindo formas flexíveis de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas.

A virada jurisprudencial se consolidou com o julgamento conjunto da ADPF 324⁴ e do Recurso Extraordinário (RE) 958252,⁵ *leading case* do Tema 725 da repercussão geral. Nessas decisões, o STF afirmou que é constitucional a terceirização de qualquer etapa da cadeia produtiva, afastando a antiga distinção entre atividade-meio e atividade-fim. Para o Tribunal, a Constituição garante liberdade organizacional às empresas, especialmente quando voltada à eficiência, à competitividade e ao aproveitamento estratégico de recursos, não cabendo ao Estado impor um modelo único de estrutura empresarial.

Esse entendimento foi reforçado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 48⁶ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3961,⁷ em que se discutia a validade da Lei nº 11.442/2007, norma que trata da contratação de transportadores autônomos de cargas. A Corte entendeu que a referida legislação, ao permitir a terceirização da atividade-fim, não configura violação aos preceitos constitucionais, pois estabelece uma relação de natureza eminentemente comercial, distinta da relação de emprego, assim,

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 1-4.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 958252*. Relator: Ministro Luiz Fux. 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750817537>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 8.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 48*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343120733&ext=.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2025. p.28-37.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3961*. Relator: Ministro Roberto Barroso. 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752871041>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 29-38

reafirmou que a Constituição não impõe um único modelo organizacional às empresas e que a proteção ao trabalho não exige que toda prestação remunerada de serviços configure relação empregatícia

A mesma lógica foi aplicada na ADI 5625,⁸ que validou os contratos civis de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, desde que não utilizados para encobrir uma verdadeira relação de emprego. Nessa oportunidade, o STF afirmou que a evolução social e a multiplicidade de formas de inserção no mercado impõem a necessidade de admitir modelos contratuais mais adequados à realidade contemporânea, respeitando-se a liberdade dos agentes econômicos e os projetos individuais de vida.

A Corte reconheceu que a valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica, deve coexistir com o princípio da livre iniciativa. Assim, o profissional que opta por empreender ou prestar serviços de forma autônoma não deve ser, *a priori*, considerado vítima de fraude ou exploração, sobretudo quando se mostra apto a negociar com paridade de condições e sem hipossuficiência material ou técnica.

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento da Reclamação Constitucional (RCL) 47843,⁹ em que se discutia a contratação de médico por meio de pessoa jurídica. No voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ficou assentado que a chamada pejetização, em contextos como esse, representa uma escolha legítima de profissionais qualificados, que optam pela constituição de empresa própria com o objetivo de acessar um regime tributário mais vantajoso e exercer maior autonomia na gestão de suas atividades, não havendo, portanto, razão para eventual intervenção protetiva do Estado.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5625*. Relator: Ministro Edson Fachin. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350407676&ext=.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 43-60.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional n. 47843*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760099218>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 19-21.

Por fim, a partir da interpretação conjunta dos precedentes vinculante mencionados, foi expresso no julgamento da RCL 58853¹⁰ que as teses fixadas não se restringem à licitude da terceirização, mas alcançam, de forma mais ampla, a legalidade de vínculos contratuais diversos do modelo celetista.

Em suma, a evolução jurisprudencial do STF aponta para um modelo constitucional que busca acompanhar as transformações econômicas e sociais do mundo do trabalho, garantindo segurança jurídica aos empreendedores e trabalhadores que, com autonomia, optam por regimes mais flexíveis e compatíveis com suas realidades profissionais.

2. Iniciativa da justiça do trabalho frente à jurisprudência vinculante do STF.

Todavia, enquanto o STF caminha por vias rumo a uma visão aparentemente mais liberal no tocante às relações de trabalho (que se difere da relação de emprego),¹¹ a Justiça Trabalhista tem sido acionada, de forma recorrente, para analisar pedidos de reconhecimento de vínculo empregatício, o que revela a persistência de controvérsias envolvendo a caracterização jurídica das relações de trabalho. Entre o ano de 2018 até novembro de 2024, foram ajuizadas 1.142.692 reclamações trabalhistas com esse objetivo específico¹², o que corres-

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional n. 58853*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 02 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771845301>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 1.

11 Relação de trabalho é uma categoria mais ampla, que abrange toda prestação de serviços realizada por pessoa física, com ou sem vínculo empregatício. Já a relação de emprego constitui uma espécie dentro desse gênero, caracterizada pela presença simultânea de requisitos específicos, como subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade. Cf. MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10. ed. Saraiva Educação, 2019. p. 52.

12 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Ranking dos Assuntos Mais Recorrentes*. Brasília: TST, 2024. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>.

ponde a uma média anual superior a 163 mil novas ações, número expressivo que também pode indicar a permanência de uma cultura de busca por tutela estatal como instrumento de proteção do trabalhador frente à liberdade contratual exercida pelos agentes econômicos.

Esse cenário de judicialização intensa também se reflete no STF, por meio do significativo número de reclamações constitucionais que versam sobre o tema do reconhecimento de vínculo de emprego, especialmente em razão da tese firmada na ADPF 324. A análise estatística demonstra uma concentração expressiva dessas ações entre os anos de 2018 e 2020, período em que aproximadamente 14,07% das reclamações constitucionais ajuizadas tratavam da matéria. Esse dado sugere uma correlação entre o aumento do ajuizamento e a consolidação da jurisprudência do STF no julgamento da ADPF 324, revelando o uso frequente da reclamação constitucional por empresas que buscam preservar os efeitos vinculantes daquela decisão diante de condenações proferidas em desconformidade com o entendimento do STF.¹³

Todavia, esses dados também revelam que mesmo com a orientação mais recente do STF, empresas continuam sendo condenadas pela Justiça do Trabalho em desarmonia com os parâmetros fixados pela Corte Suprema, sendo o elevado número de decisões de procedência em sede de reclamação constitucional um indicativo que este instituto tem funcionado como instrumento de correção de entendimentos dissociados da orientação consolidada do Tribunal.

A quantidade de reclamações constitucionais ajuizadas por sociedades empresárias em face de decisões proferidas pela Justiça do

Acesso em: 04 abr. 2025.

13 PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FIOROTTO, Laura Arruda. *Terceirização e pejotização no STF: análise das reclamações constitucionais*. 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/193ee852-1b13-44af-9454-6dd5ab6fc9d7/content>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 6

Trabalho tem alcançado tamanha proporção que motivou manifestação expressa do Ministro Gilmar Mendes, ao relatar a RCL 73359.¹⁴ Na decisão, o Ministro destacou que, apenas entre os meses de agosto e setembro de 2024, mais de 750 reclamações constitucionais foram decididas pelo STF (colegiada ou monocraticamente), todas envolvendo a negativa da liberdade de organização produtiva por decisões da Justiça do Trabalho. No primeiro semestre do mesmo ano, esse número ultrapassou 1.700 decisões, demonstrando a sobrecarga da Corte em razão da reiterada desobediência à jurisprudência constitucional por instâncias inferiores. Conforme pontuado na decisão, essa litigiosidade massiva resulta de uma “renitência da Justiça do Trabalho em dar efetivo cumprimento às deliberações desta Corte” [STF]. Tal conduta, segundo o Ministro, configura um entrave à adaptação da ordem jurídica às transformações contemporâneas do mercado e ao próprio movimento legislativo de flexibilização das formas de organização do trabalho, contrariando o espírito da Constituição, que não impõe um modelo único de produção.

Dessa forma, os números evidenciam não apenas a relevância prática da discussão, mas também a tensão entre os modelos contratuais contemporâneos e os critérios tradicionais de configuração da relação de emprego, conforme delineados pela jurisprudência trabalhista e pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A partir dessa conjuntura, observa-se uma iniciativa institucional da própria Justiça do Trabalho, que optou por instaurar Incidentes de Recursos Repetitivos (IRR) para reexaminar as hipóteses de reconhecimento de vínculo empregatício em contextos de terceirização e pejetização, a despeito da orientação do STF em decisões vinculantes. No Tema 29,¹⁵ o TST submeteu a julgamento a possibilidade de

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional n. 73359*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 08 de novembro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15371955286&ext=.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 1-2.

15 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo n. 1848300-31.2003.5.09.0011*. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. 12 mar. de 2025. Disponível em: <https://consult->

se reconhecer vínculo de emprego entre trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços quando identificada suposta fraude no negócio jurídico entabulado entre as pessoas jurídicas contratantes, mesmo diante da jurisprudência vinculante firmada pelo STF na ADPF 324 e nos Temas 725. Já no Tema 30,¹⁶ a Corte Trabalhista passou a discutir a validade da contratação de trabalhador por meio de pessoa jurídica para o desempenho de atividades rotineiramente exercidas por empregados da empresa contratante, questionando, inclusive, a conversão de relações de emprego em contratos de natureza empresarial (a chamada pejetização).

3. Distinções conceituais entre relações de emprego, empresarial e societária.

Embora os Temas 29 e 30 tratem de situações que, à primeira vista, possam parecer distintas, ambos dizem respeito a uma hipótese estruturalmente semelhante: a contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços à empresa tomadora. A diferença reside na relação jurídica que o prestador de serviços mantém com a empresa contratada. No Tema 29, discute-se a validade da terceirização quando o prestador é empregado da pessoa jurídica contratada; no Tema 30, a controvérsia envolve a contratação de prestador que figura como sócio da pessoa jurídica contratada, hipótese comumente qualificada como pejetização. Apesar dessa diferença formal, ambos os casos envolvem, em essência, modelos de terceirização e demandam

aprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons_csjt=&numeroTst=1848300&digitoTst=31&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 2.

16 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo n. 373-67.2017.5.17.0121*. Relator: Ministro Luiz José Dezena da Silva. 13 de março de 2025. Disponível em: https://consulta-processual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons_csjt=&numeroTst=373&digitoTst=67&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0121&submit=Consultar. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 1.

a análise dos limites constitucionais para a descaracterização do vínculo jurídico adotado pelas partes.

Para a adequada análise jurídica dos Temas 29 e 30 do TST, bem como para a formulação de uma conclusão coerente com os parâmetros constitucionais e legais aplicáveis, é imprescindível distinguir as categorias envolvidas nas situações analisadas. Trata-se de compreender as diferenças entre relações de natureza empregatícia, relações empresariais e relações societárias, uma vez que cada uma é regida por regimes jurídicos distintos e pressupõe elementos próprios de configuração. Essa distinção permitirá delimitar os contornos normativos de cada tipo de vínculo e identificar as propriedades juridicamente mais adequadas a serem utilizadas em decisões proferidas pelos magistrados, em qualquer grau de jurisdição, para que sejam tecnicamente pertinentes e respeitem os contornos jurídicos próprios de cada forma de relação.

Tratando primeiramente da relação de emprego, ela é uma construção jurídica que emerge de um fenômeno social específico e historicamente localizado: a consolidação do trabalho livre e subordinado como forma predominante de inserção do trabalhador na estrutura produtiva da sociedade industrial. Embora a prestação de trabalho por pessoa física possa assumir diferentes formas — como o trabalho autônomo, eventual ou mesmo esporádico — apenas quando estão presentes certos elementos essenciais é que se configura a relação de emprego regulada pela CLT. Esses elementos são: a prestação de serviços por pessoa física, com personalidade, de forma não eventual, mediante subordinação ao tomador dos serviços e com onerosidade.¹⁷

A compreensão da natureza jurídica da relação de emprego é objeto de duas grandes correntes teóricas: contratualista e anticontratualista. A teoria contratualista parte do pressuposto de que o vínculo

17 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 335-338.

empregatício decorre de um contrato celebrado entre empregado e empregador, com base na manifestação livre da vontade das partes. Embora a autonomia privada esteja mitigada pela incidência de normas de ordem pública, trata-se de um negócio jurídico com causa própria — a prestação de trabalho subordinado — que se formaliza mediante consentimento, ainda que tácito ou em moldes de contrato de adesão. Já a teoria anticontratalista sustenta que o vínculo não nasce de um contrato, mas de uma situação fática da realidade socioeconômica e regulada por normas imperativas. A relação de emprego, nessa ótica, não exige manifestação de vontade nem acordo entre as partes, mas resulta da simples inserção do trabalhador na dinâmica da empresa, sendo juridicamente reconhecida como um fato social gerador de efeitos normativos automáticos.¹⁸

Dentre essas concepções, parece mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro a adoção da teoria contratualista. Isso porque, mesmo diante do forte dirigismo contratual e da proteção legal conferida ao trabalhador, o contrato de trabalho continua a ser instrumento de concretização da liberdade de trabalho, direito fundamental reconhecido pela Constituição. A relação de emprego, ainda que sujeita a limites normativos, nasce de um acordo de vontades e reflete a lógica do Direito Privado.¹⁹

Por sua vez, a relação empresária surge a partir do exercício profissional de uma atividade econômica organizada, voltada à produção ou à circulação de bens ou serviços no mercado. Nessa estrutura, o empresário — que pode ser uma pessoa física ou jurídica — é o sujeito que assume, de forma estável e habitual, a organização dos fatores de produção com vistas à geração de riqueza. O elemento central dessa configuração não é a atividade pessoal do agente, mas

18 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 50-51.

19 *Ibidem*.

a preponderância da organização, da profissionalidade e da assunção de riscos inerentes à atividade econômica.²⁰

A atividade empresarial distingue-se, portanto, de outras formas de prestação de serviços pela sua finalidade mercantil, pela objetividade de seus resultados e pela presença de uma estrutura organizada que transcende a atuação individual. Mesmo quando exercida por profissionais liberais, como médicos, engenheiros ou contadores, apenas se caracteriza como empresária quando a organização dos meios de produção se sobrepõe à pessoalidade da prestação. O elemento da impessoalidade, nesse contexto, adquire relevo jurídico, pois evidencia que a atividade está voltada à satisfação de demandas de terceiros no mercado, por meio de uma estrutura produtiva que opera com autonomia e sob risco próprio.²¹

Por fim, a relação societária tem por base a constituição de uma entidade própria — a sociedade — formada por um ou mais sujeitos que se organizam para o exercício de uma atividade econômica. Essa entidade nasce a partir de um ato jurídico constitutivo e adquire autonomia patrimonial e subjetiva, sendo dotada de personalidade jurídica própria, distinta da de seus sócios. A finalidade essencial da sociedade, nos moldes do direito privado, é, em regra, a obtenção de lucros e sua posterior distribuição entre os sócios, os quais também ficam sujeitos aos riscos da atividade econômica, ou seja, ao risco de perdas.²²

Entre os elementos que compõem a relação societária, destacam-se: a pluralidade (ainda que relativa, diante da admissão da empresa individual de responsabilidade limitada), a existência de um patrimônio social autônomo, a prática de atividade econômica que

20 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 79-84.

21 *Ibidem*.

22 COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2024. p. 25-42.

não se limite à mera fruição de bens, e a finalidade lucrativa. A atividade empresarial exercida pela sociedade é realizada por ela própria, e não diretamente pelos sócios, que participam da condução da sociedade por meio dos órgãos sociais, ou ao menos exercem controle e fiscalização sobre sua administração.²³

A relação societária distingue-se, assim, de outras formas de cooperação econômica por envolver uma estrutura organizada, com atribuição legal de personalidade, delimitação patrimonial e regime jurídico próprio. Configuração jurídica essa que permite que a permite figurar como contratante em relações com terceiros, inclusive para fins de prestação de serviços.

Dessa forma, é possível afirmar que, tanto no Tema 29 quanto no Tema 30, a relação estabelecida entre a empresa tomadora de serviços e a empresa contratada configura uma relação de natureza empresarial. Isso porque, em ambos os casos, trata-se da contratação de uma pessoa jurídica que exerce atividade econômica de forma profissional, organizada, voltada ao mercado e assumindo os riscos inerentes à sua atuação. Tal conformação corresponde precisamente aos elementos caracterizadores do exercício de empresa: há organização dos fatores de produção, finalidade mercantil e assunção do risco da atividade, sendo a prestação de serviços realizada com autonomia e estrutura impessoal, independentemente da atuação individual de seus integrantes.

A distinção relevante entre os Temas 29 e 30 está na posição jurídica ocupada pelo prestador de serviços no interior da empresa contratada. No Tema 29, o trabalhador atua como empregado da pessoa jurídica prestadora, uma vez que presentes os elementos fático-jurídicos definidos pela CLT:²⁴ pessoalidade, subordinação, habitualidade, onerosidade e prestação de serviços por pessoa física, além de,

²³ *Ibidem*.

²⁴ BRASIL. *Decreto-Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 04 abr. 2025.

conforme a teoria contratualista, um contrato firmado entre as partes, ainda que por adesão ou de forma tácita. Já no Tema 30, a situação é substancialmente diversa: o prestador de serviços não é empregado, mas sim sócio da pessoa jurídica contratada, o que o insere em uma relação de natureza societária, pautada pela comunhão de esforços, pela partilha de lucros e pela assunção dos riscos próprios do empreendimento. Nesse caso, o vínculo não decorre de um contrato de trabalho, mas de um ato constitutivo de sociedade que visa o exercício de atividade econômica com finalidade lucrativa.

Essa diferença não é meramente formal, mas reflete o reconhecimento pelo Direito de distintos arranjos contratuais e organizacionais estabelecidos no âmbito da livre iniciativa. A Constituição Federal assegura tanto o direito ao trabalho (artigo 6) quanto a liberdade de organização produtiva (artigos 1, inciso IV, e 170, *caput* e inciso IV)²⁵, sendo, portanto, vedado ao Estado impor um modelo único de vinculação entre prestador e tomador de serviços. Assim, a análise jurídica de cada hipótese deve levar em consideração a natureza do vínculo adotado pelas partes e os efeitos jurídicos que dele derivam, de acordo com os elementos configuradores de cada tipo de relação — empregatícia ou societária.

4. Preliminar de incompetência atinente aos Temas 29 e 30.

Tal como ocorre na estrutura de uma decisão judicial, inicia-se a análise por questões preliminares, dentre as quais se destaca a competência do juízo para processar e julgar a causa. Nos termos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a alegação de incompetência deve ser tratada pela via da contestação, podendo inclusive ser reconhecida de ofício quando se tratar de competência absoluta (artigos 64 a 66). O artigo 62 do mesmo diploma estabelece que a com-

25 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 abr. 2025.

petência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes, evidenciando seu caráter absoluto e de ordem pública.²⁶ No âmbito da Justiça do Trabalho, a competência material é delimitada pelo artigo 114 da Constituição Federal,²⁷ que abrange as ações oriundas da relação de trabalho, o que inclui, mas não se limita, às relações de emprego. A relação de trabalho é um conceito mais amplo que a relação empregatícia, englobando toda forma de prestação de atividade por pessoa natural em benefício de outrem, seja com subordinação (como ocorre nos vínculos celetistas), seja de forma autônoma, eventual ou até mesmo voluntária, desde que haja vínculo jurídico entre as partes. O traço comum dessas relações é a prestação de atividade humana, com pessoalidade, em favor de terceiro, com ou sem remuneração. Foi a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 que esse conceito foi ampliado justamente para abarcar outras formas de trabalho que não se enquadram nos moldes tradicionais da CLT, refletindo a necessidade de adaptação da jurisdição trabalhista à realidade dinâmica do mundo do trabalho.²⁸

Por sua vez, a competência da Justiça Comum é definida de forma residual no ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa que, excluídas as matérias atribuídas às Justiças especializadas (Trabalhista, Eleitoral e Militar), bem como os temas de natureza penal, compete à Justiça Comum julgar todas as demais controvérsias. Sua atuação não se limita às causas de Direito Civil propriamente ditas, mas também abrange litígios de Direito Constitucional, Administrativo, Comercial, Empresarial, entre outros. Assim, quando a controvérsia en-

26 BRASIL. *Lei n 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 04 abr. 2025.

27 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2025.

28 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 242-245.

volve relações jurídicas de natureza contratual, societária ou obrigacional, incide a competência da Justiça Comum para conhecer e julgar a demanda.²⁹

Conforme exposto, a relação jurídica existente entre a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços qualifica-se como relação empresarial, uma vez que envolve a contratação de uma atividade econômica organizada, voltada ao mercado, com assunção dos riscos do negócio e finalidade lucrativa, logo, regida pelos princípios do Direito Empresarial. Já a pessoa natural que efetivamente presta o serviço — seja na condição de empregado da prestadora ou de seu sócio — não possui vínculo jurídico direto com a tomadora, mantendo apenas uma relação fática, decorrente do desempenho cotidiano das atividades contratadas. Dessa forma, ainda que esteja presente eventual vício na constituição do contrato empresarial celebrado entre tomadora e prestadora, a controvérsia que daí decorre permanece situada no campo das relações empresariais, o que atrai a competência para apreciação da questão pela Justiça Comum, e não pela Justiça do Trabalho, por não envolver relação de trabalho entre a pessoa física prestadora e a tomadora dos serviços.

Ainda que não haja entendimento definitivamente consolidado no âmbito do STF, decisões recentes da Corte já vêm acolhendo a tese de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar litígios envolvendo contratos civis ou empresariais que possam estar vinculados à chamada pejetização. Casos como os julgados na RCL 62353/SP³⁰ e no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1490898³¹

29 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. v. 1. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 318-319.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional n. 62353*. Relator: Ministro André Mendonça. 14 de março de 2024. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365424759&ext=.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 10-11

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário n. 1490898*. Relator: Ministro André Mendonça. 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15367287943&ext=.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 11-14

ilustram essa orientação, ao reconhecerem que eventuais abusos ou vícios na celebração de contratos de prestação de serviços entre pessoas jurídicas — mesmo quando haja alegações de subordinação ou fraude — devem ser examinados pela Justiça Comum. Segundo tais precedentes, a existência de contrato válido entre empresas, ainda que haja prestação pessoal do serviço por sócio da contratada, se enquadra na lógica da divisão legítima de trabalho e da livre iniciativa.

Nesse mesmo sentido, destaca-se decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Conflito de Competência (CC) 202726/SP³², de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Nesse julgamento foi reconhecida a competência da Justiça Comum para processar e julgar ação que tem por objeto a alegação de fraude em contrato de prestação de serviços, uma vez, sendo a controvérsia fundada em possível vício de consentimento ou social, é imprescindível a análise prévia da validade do negócio jurídico pela Justiça Comum, sendo que somente após eventual declaração de nulidade do contrato é que se poderia cogitar a remessa da questão à Justiça do Trabalho, para exame do suposto vínculo de emprego.

Embora a EC n 45/2004 tenha ampliado o conceito de relação de trabalho para além da relação de emprego, não se pode ignorar que a competência dessa Justiça Especializada exige, ao menos, a presença de uma relação jurídica de trabalho entre as partes, com prestação de atividade pessoal por pessoa natural. Quando a pessoa jurídica contratada organiza a prestação e responde pelos resultados, como ocorre nas hipóteses de terceirização empresarial, independentemente de a pessoa física prestadora ser sócia ou empregada da sociedade contratada, a relação jurídica estabelecida é de outra natureza e, portanto, não atrai a competência da Justiça do Trabalho.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n. 202726/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 16 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencia=228118724&tipo_documento=documento&num_registro=202400268166&data=20240216&formato=PDF. Acesso em: 04 abr. 2025. p 2-3

Portanto, antes de qualquer análise sobre vínculo de emprego, parece ser imprescindível que a Justiça Comum aprecie a validade do contrato civil celebrado, inclusive à luz de eventuais vícios do consentimento ou desvios da finalidade contratual. Apenas diante de um pronunciamento judicial prévio que reconheça a nulidade do vínculo empresarial é que se abriria espaço para a análise de eventual relação de emprego, sob pena de afronta à ordem constitucional atinente às competências de cada esfera do Poder Judiciário.

5. Análise do mérito dos Temas 29 e 30.

A liberdade de organização produtiva constitui não apenas um instrumento jurídico, mas um verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma liberdade que, no plano econômico, assegura a indivíduos e grupos a faculdade de empreender, organizar meios de produção, contratar trabalho e atuar no mercado de forma autônoma, visando ao lucro e ao desenvolvimento. Essa diretriz constitucional resulta da opção pela livre-iniciativa como vetor de ação produtiva, concebida como um valor social em paridade com o valor social do trabalho. A Constituição de 1988 propõe um modelo de equilíbrio entre o poder de livre agir economicamente e o dever de respeitar a dignidade do trabalhador (não necessariamente empregado), sem que se tolere nem os abusos do capital, nem os excessos das pretensões trabalhistas. Nesse contexto, a atuação empresarial deve ser valorizada por sua função social: investidores, empresários e sociedades organizam a produção, mobilizam recursos, geram trabalho e otimizam o labor alheio em benefício de toda a coletividade. Assim, ao reconhecer a livre-iniciativa como pedra angular da estrutura empresarial moderna, o ordenamento jurídico assegura a estabilidade dos contratos celebrados entre agentes econômicos, resguardando sua força vinculante e a previsibilidade das relações.³³

33 MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 78-81.

A relação jurídica entre a empresa tomadora e a prestadora de serviços, comum tanto no Tema 29 quanto no Tema 30, configura-se como uma relação empresarial, disciplinada pelo Direito Contratual e assentada na autonomia privada. Nessa estrutura, a empresa contratante e a contratada estabelecem os termos do contrato, estipulando obrigações, responsabilidades e formas de remuneração conforme seus próprios interesses econômicos. Trata-se de manifestação do princípio da liberdade contratual, que confere às partes a faculdade de autorregular seus interesses dentro dos limites impostos pela ordem pública e pelos bons costumes. Essa liberdade se desdobra em três dimensões fundamentais: a liberdade de contratar propriamente dita, a liberdade de estipular o contrato e a liberdade de definir seu conteúdo.³⁴

No contexto da livre iniciativa, a contratação de uma pessoa jurídica para a execução de atividades específicas — inclusive quando envolva serviços rotineiros ou relacionados à atividade principal da contratante — representa exercício legítimo da autonomia privada. A empresa prestadora de serviços, ao assumir de forma habitual e organizada os encargos próprios da execução do contrato, estrutura sua atuação com vistas à obtenção de lucro, assumindo os riscos inerentes ao desempenho da atividade econômica. Essa configuração evidencia o caráter empresarial da relação, que se estabelece não entre uma empresa e um trabalhador subordinado, mas entre dois agentes econômicos autônomos, cada qual responsável por sua própria organização produtiva e por seus resultados no mercado.

Diferentemente das relações civis, em que o princípio da força obrigatória dos contratos pode ser relativizado com maior frequência para preservar o equilíbrio econômico entre as partes, nos contratos empresariais vigora uma lógica própria, fundada na presunção de simetria entre os contratantes. Conforme o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF),³⁵ o di-

34 GOMES, Orlando. *Contratos*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 54-56.

rigismo contratual nessa área do direito deve ser mitigado, pois se reconhece que as partes são agentes econômicos capazes de autorregular seus interesses e suportar os riscos inerentes à atividade empresarial, ou seja, há a necessidade de contenção da intervenção judicial nos contratos entre empresas, justamente por conta da equivalência estrutural das partes envolvidas.

Os contratos empresariais se estruturam a partir de fundamentos próprios, que visam conferir estabilidade, previsibilidade e segurança às relações jurídicas entre agentes econômicos. A formação contratual, como expressão da autonomia privada, se aperfeiçoa com base no princípio do consensualismo, pelo qual o mero acordo de vontades é suficiente para gerar efeitos jurídicos, salvo nas hipóteses em que a lei expressamente exija forma especial. Além disso, a dinâmica contratual é orientada pelo princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes deveres de lealdade, cooperação e transparência recíproca, garantindo que a interpretação e a execução das cláusulas contratuais observem não apenas sua literalidade, mas também os fins econômicos visados e a confiança depositada entre os contratantes.³⁶

Dessa forma, a autonomia privada legitima a liberdade das empresas para estipular livremente o conteúdo de seus contratos, inclusive quanto às obrigações, prazos e formas de remuneração. Celebrado o pacto dentro dos limites legais, suas cláusulas adquirem força vinculante e devem ser cumpridas tal como acordadas, nos moldes do princípio *pacta sunt servanda*. Nesse cenário, não cabe ao Poder Judiciário intervir para reequilibrar prestações que foram assumidas conscientemente e com capacidade de avaliação dos riscos envolvi-

35 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Comercial*. Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em : 04 abr. 2025. p. 53.

36 SILVA, Luiz Alberto. *Dirigismo contratual*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 5, 1965. p. 120-123.

dos, embora possam se revelar desvantajosas a uma das partes. Somente em situações excepcionais admite-se relativizar a intangibilidade do contrato, como casos de onerosidade excessiva decorrente de eventos imprevisíveis e extraordinários, à luz da teoria da imprevisão. Fora dessas hipóteses, a função de preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações comerciais exige a estrita observância dos termos livremente pactuados entre os empresários.³⁷

Por se tratar de um negócio jurídico, o contrato celebrado entre a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços pode, em tese, ser anulado se restar configurado algum vício do consentimento, como erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Esses vícios ocorrem quando a manifestação de vontade de uma das partes não corresponde ao seu verdadeiro querer, comprometendo a validade do ato negocial. A lesão, que aparenta ser o vício do consentimento que seria aplicável ao tema, ocorre quando uma das partes, aproveitando-se da inexperiência ou da premente necessidade da outra, obtém vantagem manifestamente desproporcional em relação à prestação que oferece em troca. Trata-se de vício que combina um elemento subjetivo — a vulnerabilidade do contratante prejudicado — e um elemento objetivo — a desproporção entre as prestações.³⁸

Todavia, os vícios do consentimento referem-se exclusivamente à manifestação de vontade das partes diretamente envolvidas na celebração do contrato. No caso do contrato empresarial firmado entre a tomadora e a prestadora de serviços, os sujeitos da relação são as pessoas jurídicas contratantes, sendo alheia a essa relação qualquer pessoa física que atue como empregada da empresa prestadora, como no Tema 29, ou sócia da prestadora, como no Tema 30. Assim, eventual prejuízo ou insatisfação experimentada por um empregado ou sócio vinculado à sociedade contratada não configura vício do

37 GOMES, Orlando. *Contratos*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 65-66

38 GONÇALVES, Carlos R. *Coleção sinopses jurídicas: v. 1 – Direito civil: parte geral*. 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. p. 140-153.

consentimento capaz de ensejar a nulidade do contrato empresarial. Isso porque o trabalhador ou sócio não integrou a relação contratual pactuada entre as empresas, não tendo exercido manifestação de vontade para sua formação nem sendo destinatário direto das prestações contratuais ali estipuladas.

Dessa forma, a única via pela qual se mostra plausível a eventual anulação do contrato celebrado entre tomadora e prestadora do serviço é na eventual configuração do vício intitulado como simulação, previsto no artigo 167 do Código Civil, que é caracterizado pela existência de um negócio jurídico aparente que encobre outro, que efetivamente se pretende realizar³⁹.

Todavia, a aplicação desse instituto é diferente para a situação da terceirização pura em relação à terceirização por pejetização.

No contexto do Tema 29, que trata da possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre trabalhador terceirizado e tomadora de serviços, destaca-se que o ordenamento jurídico oferece mecanismos protetivos ao trabalhador. Ainda que a relação empregatícia se estabeleça formalmente entre o prestador de serviços e a empresa contratada, a tomadora pode ser responsabilizada de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, conforme positivado no artigo 455 da CLT.⁴⁰ Essa responsabilização atua como garantia jurídica suplementar, assegurando ao trabalhador o adimplemento de seus direitos mesmo na hipótese de inadimplência por parte do empregador direto. Assim, ainda que a contratação entre empresas seja válida e não contenha vícios que comprometam sua legalidade, a responsabilidade subsidiária da tomadora oferece uma

39 BRASIL. *Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 04 abr. 2025.

40 MAYER, Eric Luís Silva; SCHORR, Janaína Soares; LOCATELLI, José Henrique Pires. A regulamentação da terceirização trabalhista e os limites da responsabilidade subsidiária: uma análise a partir da Lei n 13.429/17. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, v. 29, n. 2, p. 115-142, 2020. p. 132-134.

rede de proteção que mitiga os efeitos de eventuais descumprimentos contratuais no âmbito da relação de emprego.

Além da responsabilidade subsidiária da tomadora pelos débitos trabalhistas da prestadora, o ordenamento jurídico também impõe vedação específica à recontração de empregados por meio de empresa interposta. O artigo 5º-D da Lei 6.019/1974⁴¹ dispõe que o empregado demitido não poderá prestar serviços à mesma empresa tomadora na condição de empregado de empresa prestadora de serviços antes de decorrido o prazo de dezoito meses contados da data da demissão, visando eventuais tentativas de fraude à legislação trabalhista, ainda que de forma presumida.

Trata-se, portanto, de uma regra objetiva destinada a afastar a presunção de fraude na recontração de empregados por meio de empresas prestadoras de serviços, estabelecendo um intervalo mínimo entre a demissão e a nova prestação de serviços à mesma tomadora. Todavia, a aplicação automática dessa vedação, sem considerar as circunstâncias concretas do caso, aparentemente colide com os princípios contratuais previstos no Código Civil⁴², especialmente os artigos 113 e 422, que consagram a boa-fé como elemento essencial de interpretação e execução dos negócios jurídicos. De acordo com tais dispositivos, a boa-fé é presumida nas relações contratuais, cabendo à parte que alega a má-fé o ônus de demonstrá-la de forma concreta. Mas, ainda assim, é uma certa (tentativa de) proteção ao empregado.

Todavia, mesmo diante das proteções conferidas ao trabalhador no regime de terceirização, nada impede que este alegue a exis-

41 BRASIL. *Lei n 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras Providências.. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 04 abr. 2025.

42 BRASIL. *Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 04 abr. 2025.

tência de simulação no contrato firmado entre as empresas e busque sua anulação com fundamento no artigo 167 do Código Civil caso sinta-se lesado. Tal alegação, contudo, deve ser submetida à apreciação da Justiça Comum, uma vez que se trata de relação contratual de natureza empresarial, com presunção de validade e boa-fé, devendo ser demonstrada impreterivelmente a má-fé de ambas as partes contratantes, ou ao menos da tomadora do serviço, para mascarar a verdadeira relação pretendida.

Assim, se o contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas tiver sido celebrado com o único propósito de disfarçar uma relação de emprego existente entre a tomadora e a pessoa física prestadora, estar-se-á diante de hipótese de simulação. Nesse contexto, o contrato simulado será nulo, subsistindo os efeitos do negócio dissimulado, que pode corresponder a um vínculo de emprego, conforme reconhece parte da doutrina.⁴³

No que se refere ao Tema 30, o prestador figura como sócio da pessoa jurídica contratada, estabelecendo com ela uma relação societária e, conseqüentemente, submetendo-se a um regime jurídico distinto, marcado pela autonomia patrimonial, participação nos lucros e assunção dos riscos da atividade econômica, fundamentando-se na lógica do direito empresarial contemporâneo.

O Tema 30 do TST pretende analisar dois pontos em específico: (i) a validade da pejetização quando a função a ser prestada é habitualmente exercida por empregados; e (ii) se é possível a conversão de emprego em relação pejetizada. Dessa forma, não se questiona a validade da pejetização em si.

Primeiro tratando da validade do contrato quando a função é habitualmente exercida por empregado, não parece haver razões para a impossibilidade desse cenário. Isso porque, novamente con-

43 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 717

forme o julgamento da ADPF 324 e do RE 958252 (Tema 725 da Repercussão Geral), ocasião em que se firmou o entendimento de que a terceirização é lícita tanto em atividades-meio quanto em atividades-fim, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, destacou que a Constituição Federal não confere ao Estado o poder de engessar a estrutura empresarial ao impor modelos únicos de produção, sob pena de violação à livre iniciativa e à livre concorrência.⁴⁴ Essa orientação jurisprudencial rompeu com o entendimento firmado na Súmula 331 do TST, segundo o qual a terceirização somente era admitida nas atividades-meio, além de vedar sua utilização em hipóteses em que a tomadora mantivesse empregados na mesma função.⁴⁵

À luz desse novo paradigma, não parece ser coerente ou razoável exigir que a empresa contratante demita previamente todos os seus empregados antes de terceirizar determinada função. Tal exigência configuraria ingerência indevida do Estado na liberdade de organização empresarial, indo em direção contrária aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram às empresas a autonomia para traçar suas estratégias de produção em busca de maior eficiência, especialização e competitividade. Ademais, impor tal condição representaria um ônus financeiro desproporcional à empresa, que teria de arcar com elevados custos decorrentes da rescisão dos contratos de trabalho apenas para viabilizar uma nova estratégia de organização interna, o que acabaria por desestimular práticas de reorganização produtiva que teria potencial de melhorar o produto ou serviço fornecido pela sociedade empresária.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 04 abr. 2025. p. 171.

45 PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar Mendes; DANIN, Felipe. Decisões vinculantes do STF em face da jurisprudência da Justiça do Trabalho: a questão da ADPF 324 e do Tema 725. In: *Novas relações de trabalho e novos modelos de proteção: o novo pragmatismo do direito do trabalho e a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 1. ed. São Paulo: Amanuense, 2024. p. 225.

Já em relação ao segundo ponto a ser decidido no Tema 30 (se é possível a conversão de emprego em relação pejotizada), também não parece haver motivo que justifique uma resposta negativa.

É verdade, contudo, que parte da doutrina manifesta preocupações quanto à possibilidade de fraude nas hipóteses de pejotização. Para esses autores, a conversão de uma relação de emprego formal em uma prestação de serviços por meio de pessoa jurídica poderia, em determinados casos, configurar simulação contratual. Sustenta-se que a Reforma Trabalhista, instituída pela Lei nº 13.467/2017, ao flexibilizar aspectos do contrato de trabalho, teria aberto espaço para que empregadores, sob aparente legalidade, dissimulassem vínculos empregatícios com o objetivo de reduzir encargos trabalhistas e, assim, precarizar a proteção jurídica do trabalhador.⁴⁶ Tais críticas, embora relevantes e contribuam ao debate, não parecem ser as mais adequadas ao caso.

Como visto, a relação societária funda-se na constituição de uma entidade própria (a sociedade) composta por um ou mais sujeitos que se organizam com o objetivo de exercer uma atividade econômica, visando, em regra, a obtenção de lucros e na subsequente distribuição desses resultados entre os sócios, que, por sua vez, assumem os riscos inerentes à atividade empresarial, inclusive o risco de perdas.⁴⁷

Dentro dessa lógica organizacional, o sócio, seja na função de administrador (presentando a sociedade),⁴⁸ ou na simples função de

46 FERREIRA, Vanessa Rocha; DOS SANTOS, Murielly Nunes. Pejotização e Relações de Trabalho. *Revista de Ciências Sociais*, v. 54, p. 99–116, 2021. p. 103.

47 COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2024. p. 25–42.

48 A distinção entre apresentar e representar é relevante no âmbito do direito societário. Enquanto o representante age em nome de outrem com base em um mandato, o presentante age pelo próprio ente, manifestando diretamente sua vontade. No caso das sociedades, especialmente as anônimas, os administradores (como diretores ou membros do conselho de administração) são órgãos da pessoa jurídica e não simples mandatários. Assim, ao exercerem suas

sócio exercendo atividade em prol da sociedade, exerce suas funções e recebe por tanto a sua remuneração pela via do pró-labore — verba que remunera a atuação do administrador e do sócio que trabalham na empresa, o que não se confunde com salário, pois não decorre de subordinação pessoal, mas de um vínculo jurídico próprio da estrutura societária, sendo pago inclusive quando a sociedade tem prejuízo.⁴⁹

A constituição de uma sociedade é, portanto, fruto de uma manifestação livre de vontade por parte de seus integrantes, que optam, de maneira consciente e voluntária, por organizar-se sob a forma societária para explorar uma atividade econômica. Até mesmo porque não podem ser forçados a praticar um ato, salvo por previsão legal, conforme o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.⁵⁰

Nesse contexto, é plausível que uma empresa, por razões de reestruturação interna ou redefinição de suas estratégias organizacionais, comunique aos seus empregados que passará a terceirizar determinada atividade até então executada diretamente. No curso desse processo, é igualmente legítimo que a empresa ofereça aos próprios empregados a possibilidade de constituírem pessoas jurídicas para que, por meio delas, prestem o serviço sob a forma de contrato empresarial. Trata-se de uma alternativa válida, fundada na livre iniciativa e na autonomia privada, desde que essa transição ocorra de forma transparente, sem coação e com respeito aos direitos previamente adquiridos. Caso o empregado opte por não aderir à proposta, nada

funções, não representam a sociedade no sentido técnico do mandato civil, mas a presentam, pois integram sua estrutura e manifestam diretamente sua vontade jurídica. Cf. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 660.

49 TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 135.

50 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Versão compilada e atualizada on-line. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 abr. 2025.

impede que a empresa proceda ao encerramento do vínculo empregatício por meio de dispensa sem justa causa, com o pagamento integral das verbas rescisórias devidas e a liberação dos benefícios assegurados pelo sistema de seguridade social.

Aceita a proposta e formalizada a constituição da pessoa jurídica pelo então empregado, com posterior celebração de contrato de prestação de serviços com a empresa tomadora, não se revela mais juridicamente plausível a alegação de vício de simulação. Como visto, a constituição da sociedade e a pactuação contratual subsequente são atos voluntários, conscientes e juridicamente válidos. Alegar, posteriormente, que tais atos foram simulados implicaria afirmar que o próprio sujeito, ao constituir uma sociedade e, por meio dela, celebrar um contrato, arquitetou uma operação jurídica para causar prejuízo a si mesmo, o que desafia não apenas a lógica contratual, mas também a racionalidade jurídica. Trata-se, nesse contexto, de uma tentativa de se beneficiar da própria torpeza, o que é vedado pelo ordenamento. Ademais, tal conduta encontra óbice na máxima *venire contra factum proprium*, segundo a qual ninguém pode exercer um direito próprio em contradição com uma conduta anterior que gerou legítima confiança na outra parte. Conforme a doutrina, são pressupostos para sua aplicação: (i) a prática de um comportamento inicial; (ii) a confiança legítima da contraparte na manutenção daquele comportamento; (iii) a adoção posterior de conduta contraditória; e (iv) a existência de dano ou risco de dano em razão dessa contradição. Assim, a alegação de simulação nesse cenário não apenas viola o dever de lealdade contratual, fundado na boa-fé objetiva (artigos 187 e 422 do Código Civil), como também compromete a estabilidade das relações jurídicas ao permitir que o sujeito que manifestou vontade e assumiu riscos empresariais se volte contra os próprios atos em prejuízo de terceiros.⁵¹

51 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 175.

Considerações Finais.

A análise empreendida ao longo deste estudo permitiu identificar, com base em fundamentação normativa e jurisprudencial, que os Temas 29 e 30 do TST exigem uma abordagem que seja técnica, coerente com o ordenamento jurídico vigente e alinhada à evolução da jurisprudência constitucional sobre a matéria.

No assunto de formas de prestação de serviço e organização interna de agentes econômicos, verifica-se um desenvolvimento jurisprudencial nos julgamentos do STF, gerando uma mudança significativa no paradigma interpretativo quanto à licitude das formas de organização produtiva e das diversas modalidades contratuais de prestação de serviços. O marco dessa virada foi o julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958252 (Tema 725), que consagrou a possibilidade de terceirização de qualquer etapa da cadeia produtiva, reafirmando a compatibilidade constitucional de modelos organizacionais baseados na autonomia da vontade, na liberdade de empresa e na livre iniciativa. Esse entendimento foi posteriormente reafirmado em outros precedentes vinculantes, como a ADC 48, a ADI 3961 e a ADI 5625, consolidando o reconhecimento de formas contratuais distintas da clássica relação de emprego como legítimas e juridicamente válidas.

Apesar desse novo referencial constitucional, a Justiça do Trabalho tem oferecido alguma resistência à aplicação dos precedentes vinculantes do STF, inclusive por meio de julgamentos que desconsideram a autonomia contratual e a estrutura empresarial das partes envolvidas. Tal conduta levou a um crescimento expressivo das reclamações constitucionais no STF, em sua maioria ajuizadas por empresas que foram condenadas em processos trabalhistas ajuizados para o reconhecimento de vínculo de emprego com prestador de serviço, buscando, assim, preservar a eficácia das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade.

Diante do cenário de divergência interpretativa, a Justiça do Trabalho reagiu institucionalmente por meio da instauração de IRRs

para reavaliar situações envolvendo terceirização e pejotização. No Tema 29, será discutido o reconhecimento de vínculo de emprego mesmo diante de contratos entre pessoas jurídicas, sob alegação de fraude. No Tema 30, a validade da contratação via pessoa jurídica para funções antes exercidas por empregados e a possibilidade de conversão de vínculo empregatício em relação empresarial.

A análise dos Temas 29 e 30 evidencia que, embora tratem de situações com enquadramentos jurídicos distintos, ambos partem de uma mesma estrutura fática: a contratação de uma pessoa jurídica para a prestação de serviços à empresa tomadora. A semelhança reside no fato de que, em ambos os casos, a empresa contratante recorre a uma organização externa, dotada de personalidade jurídica própria, para executar determinada atividade em seu favor. O que os diferencia é a posição jurídica do prestador de serviço no interior da contratada — empregado no Tema 29, sócio no Tema 30 —, o que impõe consequências jurídicas diversas quanto ao regime aplicável e aos critérios para eventual descaracterização da contratação.

Antes, contudo, de se tratar do mérito da demanda, é possível identificar preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho nas hipóteses dos Temas 29 e 30. Quando se trata de contrato celebrado entre pessoas jurídicas para a prestação de serviços, a controvérsia se insere no campo das relações empresariais, cujo regime jurídico é distinto daquele aplicável às relações de trabalho. Nessas hipóteses, eventuais vícios contratuais ou alegações de simulação devem ser apreciados, em primeiro lugar, pela Justiça Comum, à qual compete examinar a validade do negócio jurídico firmado entre os entes empresariais.

Somente após eventual reconhecimento de nulidade do contrato empresarial celebrado é que se pode cogitar a competência da Justiça do Trabalho para declarar eventual vínculo empregatício. Essa delimitação é necessária para garantir o respeito às regras constitucionais de repartição de competências, evitando-se que o juízo trabalhista exerça controle direto sobre contratos empresariais válidos, em

afronta à autonomia privada e à livre iniciativa reconhecidas pela jurisprudência do STF.

No mérito da questão, no que se refere ao Tema 29, a resposta ao questionamento proposto pelo TST deve ser afirmativa apenas em caráter excepcional. Ou seja, é possível, sim, o reconhecimento de vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora, desde que se comprove de forma clara e inequívoca a existência de fraude no negócio jurídico firmado entre as empresas contratantes. Tal reconhecimento, no entanto, não decorre da simples existência de um contrato de terceirização, mas da demonstração de que este foi utilizado de forma simulada, como fachada para encobrir uma relação de emprego direta, com todos os seus elementos caracterizadores. Para tanto, é necessário comprovar a intenção da empresa tomadora — ou da tomadora em conjunto com a prestadora — de fraudar a relação de emprego com o propósito de obter vantagem indevida em prejuízo do prestador de serviço, desvirtuando o contrato empresarial em benefício próprio.

Já no que concerne ao Tema 30, a validade da contratação por meio de pessoa jurídica para a realização de atividades rotineiras da empresa tomadora deve ser reconhecida como legítima, à luz dos precedentes firmados pelo STF na ADPF 324 e no Tema 725 da repercussão geral. Mas não apenas. A estruturação do trabalho por meio de empresas, ainda que individuais, integra o espectro de liberdade conferido aos agentes econômicos pela Constituição, desde que a relação seja real, voluntária e juridicamente válida. A decisão de adotar a pejetização de determinada atividade, seja de forma total ou parcial, insere-se no âmbito da autonomia empresarial, resultando de estratégia de gestão interna voltada à eficiência operacional e à melhor persecução de seu objetivo econômico final. Do mesmo modo, a conversão de um vínculo de emprego em uma relação de natureza empresarial (pejetização) é igualmente válida quando realizada com transparência e respeitados os direitos trabalhistas adquiridos até então. Nesses casos, a configuração de simulação torna-se juridicamente inviável, pois não há como sustentar que o sujeito tenha constituído

livremente uma sociedade e, por meio dela, celebrado contrato de prestação de serviços com o intuito de se prejudicar intencionalmente. Admitir tal alegação implicaria permitir beneficiar-se a partir de ação contraditória do próprio comportamento até aquele momento, em violação à boa-fé objetiva e à máxima *venire contra factum proprium*, além de enfraquecer a estabilidade das relações jurídicas empresariais, ao permitir que se desfaça um arranjo contratual válido e voluntário por mera insatisfação posterior.

Em síntese, a resolução dos Temas 29 e 30 exige uma abordagem que respeite os parâmetros constitucionais da livre iniciativa, da autonomia privada e da repartição de competências entre os órgãos do Judiciário. Reconhecer a validade das contratações entre pessoas jurídicas e limitar a atuação judicial àquelas situações excepcionais de fraude efetivamente comprovada não apenas preserva a coerência do ordenamento jurídico, mas também garante segurança às relações empresariais constituídas, favorecendo para o equilíbrio entre proteção ao trabalho e liberdade econômica.

**RECONHECIMENTO DA MEDIAÇÃO
ANTECEDENTE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL
COMO UM PROCESSO ESTRANGEIRO:
REFLEXÕES A PARTIR DA LEI MODELO
UNCITRAL SOBRE INSOLVÊNCIA
TRANSNACIONAL¹**

**RECOGNITION OF PRE-INSOLVENCY MEDIATION AS A
FOREIGN PROCEEDING: REFLECTIONS BASED ON THE
UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY**

*Sabrina Maria Fadel Becue**
*Arthur Cassemiro Moura de Almeida***

Resumo: O presente artigo examina se a mediação antecedente preenche os requisitos da Lei Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional para ser reconhecida como um processo estrangeiro. A abordagem não se limita a uma análise dogmática, pois a questão foi enfrentada no caso InterCement, primeiro precedente envolvendo uma empresa brasileira e um procedimento local dessa natureza. A análise envolve um aspecto central: a própria definição de insolvência. Para isso, adota-se o método jurídico-dogmático, combinando revisão de literatura, estudo de caso e a interlocução entre três posicionamentos doutrinários distintos. Os resultados indicam que o enquadramento de um procedimento como processo estrangeiro exige uma análise casuística, considerando não apenas sua denominação for-

¹ Artigo recebido em: 04.03.2025 e aceito em: 15.09.2025.

* Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito da Empresa em Crise – GEDEC (CNPq). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). LLM em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Advogado e Senior Legal Analyst na Debtwire. E-mail: arthurema@gmail.com

** Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito da Empresa em Crise – GEDEC (CNPq). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). LLM em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Advogado e Senior Legal Analyst na Debtwire. E-mail: arthurema@gmail.com

mal, mas também sua função e estrutura. Além disso, evidencia-se que as adaptações textuais feitas pelo país adotante das regras da UNCITRAL podem impactar sua interpretação e aplicação. Por fim, conclui-se que não há uma aceção única de insolvência, sendo seu regime jurídico especializado definido por uma abordagem teleológica e propositiva, em sintonia com a evolução das medidas preventivas de reestruturação empresarial.

Palavras-chave: Mediação antecedente. Tutela cautelar antecedente. Insolvência Transnacional. Reconhecimento de processo estrangeiro.

Abstract: This article examines whether pre-filing mediation meets the requirements of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency to be recognized as a foreign proceeding. The approach is not limited to a dogmatic analysis, as the issue was effectively addressed in the InterCement case, the first precedent involving a Brazilian company and this type of local proceeding. The analysis revolves around a central aspect: the very definition of insolvency. To this end, the study adopts a legal-dogmatic method, combining literature review, case study, and engagement with three distinct doctrinal perspectives. The findings indicate that the classification of a proceeding as a foreign process requires a case-by-case analysis, considering not only its formal designation but also its function and structure. Furthermore, it is highlighted that textual adaptations made by the adopting country in implementing UNCITRAL rules may influence their interpretation and application. Finally, the study concludes that there is no single definition of insolvency, as its specialized legal framework is shaped by a teleological and purposive approach, in line with the evolving trend of promoting early restructuring measures for distressed businesses.

Keywords: Pre-filing mediation. Preliminary Injunction. Cross-Border Insolvency. Recognition of a foreign proceeding.

Sumário: Introdução. 1. Tutela Cautelar Antecedente e Mediação. 2. Lei Modelo UNCITRAL e a definição de procedimento estrangeiro. 2.1. Procedimento de insolvência estrangeiro – requisitos. 2.2. InterCement – mediação antecedente reconhecida como *foreign proceeding*. 3. Conceito de insolvência

para fins de qualificação do processo estrangeiro; Conclusão.

Introdução.

Com o advento da Lei de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005 – LRE), o direito concursal brasileiro adotou uma sistemática dúplice para a solução de crises empresariais: a reorganização das dívidas das empresas viáveis, mediante o ajuizamento de processos de recuperação judicial (RJ) ou recuperação extrajudicial (RE); e a liquidação das empresas inviáveis, instrumentalizada pelo processo de falência.²

Após quinze anos de vigência, a LRE foi significativamente atualizada pela Lei n. 14.112/2020. Dentre as novidades mais relevantes para o que se pretende discutir no presente artigo, destacam-se (i) a disciplina das conciliações e mediações antecedentes aos processos de insolvência, prevista nos artigos 20-A a 20-D da Seção II-A; e (ii) as novas regras sobre insolvência transnacional, inseridas nos artigos 167-A a 167-Y do Capítulo VI-A.

A novel Seção II-A da LRE permite que o devedor obtenha um provimento judicial suspendendo as execuções individuais contra si sem a necessidade de ajuizar um dos processos mencionados acima.³ Trata-se da tutela cautelar antecedente à RJ ou à RE, cujo ajuizamento exige a comprovação de prévia instauração de uma mediação ou conciliação para renegociação de dívidas; em termos pragmáticos, esse procedimento resulta na antecipação, por até 60 dias, dos efeitos do *stay period* previstos no artigo 6º da lei.

2 Cf. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 147.

3 “A utilidade da mediação ou conciliação antecedentes é a possibilidade de se equacionar o determinado passivo exigível a curto prazo ou se assegurar novas formas de financiamento da atividade, o que poderá evitar, inclusive, a necessidade de se ingressar com o pedido de recuperação judicial”. (Cf. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários aos artigos 7º a 20-D. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 161.

Já o Capítulo VI-A incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, com algumas modificações, a Lei Modelo sobre insolvência transnacional produzida pela UNCITRAL.⁴ Antes mesmo de a Lei Modelo ser introduzida no país, diversas empresas locais⁵ buscaram o reconhecimento de processos de RJ, RE e falência em outros países que já a haviam adotado – notadamente nos Estados Unidos da América (EUA),⁶ mediante o ajuizamento de procedimentos baseados no *Chapter 15* do *US Bankruptcy Code* (USBC).

Tais iniciativas são implementadas, via de regra, com o objetivo de vincular credores estrangeiros e ativos situados em outros territórios ao processo de insolvência brasileiro, mediante a extensão dos efeitos do *stay period* e das demais decisões proferidas pelo juízo brasileiro, incluindo a homologação de planos de recuperação judicial e extrajudicial e a autorização para a alienação de ativos.

Após a reforma da LRE, foram criadas as condições jurídicas necessárias para os que os tribunais brasileiros ofereçam cooperação jurídica internacional em matéria de insolvência.⁷ A lei passou a dispor também sobre os pedidos de assistência a tribunais estrangeiros relacionados a processos de insolvência brasileiros, como preceitua o artigo 167-C, II da LRE.

Nesse cenário, o presente artigo examina se uma mediação an-

4 *United Nations Commission On International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – tradução nossa).

5 “Aproximadamente trinta empresas que estão sendo ou foram liquidadas ou reorganizadas conforme a legislação brasileira têm procurado reconhecimento nos Estados Unidos nos termos do Capítulo 15”. (Cf. SEIFE, Howard; VAZQUEZ, Francisco. Experiência transnacional de empresas brasileiras nos Estados Unidos e os benefícios da Lei Modelo. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências*: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 186).

6 Cf. CROCCO, Fabio Weinberg. When deference makes a difference: the role of U.S. Courts in cross-border bankruptcies. *International Insolvency Institute*, New York, 2019. p. 39. Disponível em: https://www.iiiglobal.org/file.cfm/12/docs/2019_silver_weinberg_crocco_fabio-when_deference_makes_a_difference-the_role.pdf. Acesso em: 8 ago. 2024.

7 Cf. MILLER, Nyana Abreu; TORRÃO, Raul. O bom anfitrião na insolvência transnacional. In: BALBINO, Otávio de Paoli; BALBINO, Márcia de Paoli (Org.). *Lei de falências e recuperações judiciais*: estudos sobre as alterações da lei 11.101/05. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 490.

tecedente preenche os requisitos previstos na Lei Modelo UNCITRAL para ser reconhecido como um procedimento de insolvência estrangeiro. Para tanto, serão examinadas as normas da LRE, do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015 – CPC) e da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) aplicáveis à tutela de urgência, assim como os dispositivos da Lei Modelo UNCITRAL sobre as características dos procedimentos de insolvência estrangeiros e os efeitos do reconhecimento.

Um ponto crucial dessa abordagem diz respeito à definição da insolvência. A delimitação desse conceito é indispensável, pois a aplicação de diversos instrumentos – entre eles, a Lei Modelo UNCITRAL – exige que o procedimento esteja vinculado a uma legislação de insolvência e tenha como objetivo a reorganização ou a liquidação. Observa-se uma tendência crescente, possivelmente influenciada pelos mecanismos de reestruturação preventiva, de substituir os termos “insolvência” e “crise” por expressões mais suaves.

A dificuldade em identificar procedimentos de insolvência não é exclusiva da prática nacional, sendo compartilhada pela doutrina estrangeira. Este artigo apresenta a perspectiva de três autores internacionais – Horst Eidenmüller, Stephan Madaus e Riz Mokal – que analisam a questão sob a ótica da insolvência transnacional. Os textos foram selecionados por sua relevância, consistência e pelo diálogo que estabelecem entre si, refletindo o debate contemporâneo sobre o tema. A pesquisa também tratará das discussões que permearam o primeiro precedente envolvendo uma empresa brasileira, estabelecido no caso InterCement.⁸ Ao final, os autores apresentam suas opiniões sobre os temas debatidos, com vistas a contribuir para o aumento da previsibilidade e da segurança jurídica no direito das empresas em crise brasileiro.

1. Tutela cautelar antecedente e mediação.

O incentivo à utilização de métodos de solução consensual de

8 Processo n. 1111483-72.2024.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo.

conflitos em qualquer grau de jurisdição, nos termos dos artigos 20-A e 22, I, j da LRE, se alinha ao disposto no CPC,⁹ na Lei de Mediação e em diversas iniciativas adotadas no Brasil com o mesmo propósito, dentre as quais merecem destaque (i) a Recomendação n. 58 do Conselho Nacional de Justiça, de outubro de 2019;¹⁰ (ii) a assinatura¹¹ da *Singapore Convention on Mediation*,¹² em junho de 2021; e (iii) a aprovação dos Enunciados relacionados à utilização da mediação em casos de insolvência¹³ pelo Conselho de Justiça Federal, em agosto do mesmo ano.¹⁴

Nesse sentido, o artigo 20-B, IV da LRE admite a instauração de mediações e conciliações para a renegociação de dívidas entre empresas em dificuldade e seus credores, “em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial”. Caso essas empresas preencham os requisitos legais¹⁵ para ajuizar um pedido de RJ,¹⁶ elas

9 Artigos 3º, § 3º; 165 a 175; 334, 335, 359, 565, e 694 a 699, todos do Código de Processo Civil.

10 “Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação.” Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 15 out. 2024.

11 Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/junho/brasil-assina-a-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-internacional>. Acesso em: 15 out. 2024.

12 *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements. Acesso em: 15 out. 2024.

13 Enunciados 190, 194, 201, 202 e 222, da II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios.

14 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 15 out. 2024.

15 Notadamente, a ausência dos impedimentos previstos no artigo 48 e a instrução do pedido com as informações e documentos elencados no artigo 51 da LRE.

16 Não obstante o dispositivo legal mencione apenas a RJ, a jurisprudência também vem admitindo o processamento de pedidos de RE subsequentes a mediações implementadas sob a proteção das tutelas cautelares, como ocorreu nos casos Unigel (Processo n. 1174558-22.2023.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo.) e InterCement. Nesses casos, os procedimentos de mediação

poderão requerer a concessão de uma tutela de urgência cautelar para a suspensão das execuções individuais pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, nos termos do § 1º do mesmo artigo.¹⁷

O procedimento seguirá o rito previsto nos artigos 305 a 310 do CPC e será conduzido com observância aos princípios da economia, celeridade processual e duração razoável do processo, com vistas a impedir abusos dos métodos consensuais.¹⁸ Constatada a necessidade de ajuizar uma RJ ou RE ao término da mediação, o período de 60 dias será descontado do *stay period* decorrente do deferimento do processamento do pedido, como preconiza o artigo 20-B, § 3º da LRE.

O artigo 20-C prevê a necessidade de homologação judicial do acordo obtido por meio da mediação antecedente ao processo de insolvência. Esse acordo não poderá dispor sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, e tampouco sobre os critérios de votação em assembleia-geral de credores, conforme vedação constante do artigo 20-B, § 2º.

Da mesma forma, o acordo decorrente da mediação antece-

não foram suficientes para reestruturar todas as dívidas sem a necessidade de um processo de insolvência, mas por meio deles as referidas empresas obtiveram o apoio de detentores de créditos suficientes para requerer a homologação de planos de recuperação extrajudicial, como destacado nas respectivas petições iniciais.

17 Embora também almeje a antecipação dos efeitos do *stay period*, a tutela de urgência cautelar de que trata o artigo 20-B, IV da LRE não se confunde com o remédio processual previsto no artigo 6º, § 12 do mesmo diploma legal. Nesse sentido: “A Lei nº 11.101/2005 prevê apenas duas formas legais de se obter a antecipação dos efeitos do *stay period* na recuperação judicial: por antecipação de seus efeitos, incidentalmente, na forma do art. 6º, §12, a vigor entre o pedido de RJ e seu deferimento, ou a propositura de cautelar antecedente, nos moldes do art. 20-B, IV, §§1º e 3º, a pressupor a instauração de procedimento de mediação junto aos credores.” BRASIL. TJ-RJ (18ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento n. 0002782-72.2023.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Leila Santos Lopes. Julgado em 21 mar. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 23 mar. 2023.

18 Cf. BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans e; GUERRERO, Luis Fernando. O novo instituto da negociação prévia. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al (coord.). Reforma da Lei de Recuperação e Falência: Lei 14.112/2020. São Paulo, Editora IASP, 2021. p. 347.

dente produzirá efeitos apenas e tão somente sobre os direitos dos credores que participaram da mediação e/ou que concordaram com seus termos, não sendo possível repactuar obrigações financeiras da empresa perante credores ausentes ou dissidentes mediante aprovação da maioria de credores da mesma classe ou natureza, como ocorreria na homologação de planos de RJ e RE nas hipóteses previstas nos artigos 45, 58 e 163 da LRE.

Nesse contexto, indaga-se: as características descritas acima autorizam a conclusão de que a mediação antecedente é um novo tipo de procedimento de insolvência, distinto da RJ, RE e falência? Ou, ao revés, trata-se de uma medida processual acessória e provisória que eventualmente poderá, a depender dos seus desdobramentos, ser convertida em um processo de reorganização de dívidas sob supervisão judicial? Esses questionamentos ganham especial relevância nos casos de reestruturação de dívida com componentes de natureza transnacional, como trataremos a seguir.

2. Lei Modelo UNCITRAL e a definição de procedimento estrangeiro.

Em decorrência das dificuldades enfrentadas nos grandes processos de insolvência transnacional ao longo da década de 1980, membros da UNCITRAL e da INSOL¹⁹ realizaram diversos estudos a partir do início da década de 1990 com o objetivo de viabilizar um conjunto de regras relativas à insolvência transnacional.²⁰ Esses esforços culminaram na criação da Lei Modelo sobre insolvência transnacional pela UNCITRAL, em 1997, cuja elaboração contou com a parti-

19 *International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals* (Associação Internacional de Profissionais de Reestruturação, Insolvência e Falência – tradução nossa).

20 Cf. FISHER, Richard *et al.* In: SELDON, Richard (ed.). *Cross Border Insolvency*. 3. ed. London: Bloomsbury Professional, 2012. p. 100.

cipação de juízes e especialistas em insolvência internacional de cerca de sessenta países.²¹

A Lei Modelo constitui um instrumento de *soft law*²² que se sustenta sobre quatro pilares: (i) acesso direto; (ii) medidas de assistência; (iii) cooperação e coordenação direta entre as jurisdições; e (iv), em especial, o procedimento de reconhecimento de processos de insolvência estrangeiros. Seu principal objetivo é auxiliar os Estados a incluir em suas leis de insolvência mecanismos eficientes para lidar com casos transnacionais, sem desrespeitar as diferenças e particularidades dos procedimentos adotados em cada país.²³

Nos anos seguintes à elaboração da Lei Modelo sobre insolvência transacional, a UNCITRAL desenvolveu diversos textos explicativos e interpretativos das normas sugeridas,²⁴ com vistas a esclare-

21 Cf. WESSELS, Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 199.

22 “A *soft law* pode ser definida como um conjunto de normas (standards normativos) de categoria residual cujo escopo é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias próprias da *hard law* criando, deste modo, uma expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento.” (Cf. GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 95, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF. Acesso em: 8 mar. 2022. p. 3).

23 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2024.

24 Em ordem cronológica: “*UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*” (2004); “*UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*” (2009); “*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*” (2011); “*Case Law on UNCITRAL Texts*” (2013); “*Guide to enactment and interpretation of UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency*” (2014); “*UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments*” (2018); “*UNCITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency*” (2019); e “*Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*” (2021).

cer e estimular a sua adoção. Para o escopo deste artigo, merecem destaque (i) o *Guide to enactment and interpretation of UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency* (“Guia”) e (ii) o *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* (“Digest”), um compilado de jurisprudência criado em 2021 e atualizado constantemente com o resumo de decisões judiciais relativas ao direito da insolvência transnacional proferidas com base na Lei Modelo.

Além do preâmbulo, a Lei Modelo possui 32 artigos. Os temas fundamentais para a sua compreensão e adaptação aos ordenamentos jurídicos dos países que optarem por adotá-la estão descritos no primeiro Capítulo, que trata das disposições gerais (artigos 1 a 8). O artigo 2 contém as definições de determinados termos utilizados ao longo da Lei Modelo, incluindo o conceito de procedimento estrangeiro, nos seguintes termos:

Article 2 (a). “Foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.

O legislador brasileiro optou pela tradução literal²⁵ do dispositivo ora mencionado ao inseri-lo no ordenamento jurídico brasileiro, qualificando como processo estrangeiro os procedimentos que possuam, cumulativamente, determinadas características, sobre as quais trataremos no subtópico abaixo.

25 “Art. 167-B, I. Processo estrangeiro: qualquer processo judicial ou administrativo, de cunho coletivo, inclusive de natureza cautelar, aberto em outro país de acordo com disposições relativas à insolvência nele vigentes, em que os bens e as atividades de um devedor estejam sujeitos a uma autoridade estrangeira, para fins de reorganização ou liquidação.”

2.1. Procedimento de insolvência estrangeiro – requisitos.

De acordo com a Lei Modelo, devem ser reconhecidos como *foreign proceeding* os procedimentos que preencherem os seguintes requisitos: (i) um processo judicial ou administrativo, inclusive de natureza cautelar; (ii) que tenha sido iniciado em outro país com base na legislação de insolvência nele vigente; (iii) de natureza coletiva; (iv) no qual os ativos e as atividades do devedor estejam sujeitos a uma autoridade estrangeira; e (v) para fins de reorganização ou liquidação.

Os dois primeiros requisitos apresentam-se, a nosso sentir, inequivocamente presentes nas características da mediação antecedente, respaldada pela tutela cautelar. Afinal, não se olvida que esse remédio processual se instrumentaliza por meio de um processo judicial, de natureza cautelar, expressamente previsto na Seção II-A do Capítulo II da LRE.

Quanto a tratar-se de um processo coletivo, como exige o terceiro requisito, acredita-se que a mediação antecedente também possua tal atributo, não obstante essa afirmação demande exame mais aprofundado do que o realizado em relação aos itens anteriores.

A LRE não especifica quantos ou quais credores devem participar da mediação ou conciliação antecedente (e, conseqüentemente, figurar no polo passivo da medida cautelar), tampouco estabelece um percentual mínimo de créditos envolvidos na negociação, para que a empresa possa se beneficiar da proteção temporária contra execuções individuais. Essas lacunas poderiam levar à conclusão de que o procedimento ora investigado não pode ser tido como “coletivo”, no sentido de abranger, necessariamente, a coletividade de credores que serão afetados pela concessão da medida protetiva.

Entretanto, acredita-se que a intenção do legislador, ao inserir essa possibilidade no regime jurídico de insolvência brasileiro, foi o tratamento de situações coletivas, e não individuais. Por exemplo, a

utilização da expressão “seus credores” em duas oportunidades²⁶ indica que, assim como ocorre nos casos de RE, não se está tratando de um procedimento de natureza exclusivamente bilateral, ou destinado a buscar um acordo com um único credor.²⁷

De acordo com o Guia, um processo coletivo deve funcionar como uma ferramenta para alcançar uma solução coordenada e global para todas as partes interessadas, e não como um dispositivo de cobrança a ser utilizado por apenas um credor, ou por um pequeno grupo de credores.²⁸ Para ser considerado como “coletivo”, é necessário que uma parcela substancial dos ativos e do passivo da empresa estejam abrangidos pelo procedimento, ressalvadas as prioridades legais e as exceções estatutárias.²⁹

O Guia também esclarece que não se pode deixar de considerar como coletivo um procedimento de insolvência apenas pelo fato de que ele não atinge a totalidade de credores da empresa, seja por previsão legal ou por decisão da empresa.³⁰ Exige-se ainda que a participação dos credores seja uma realidade e que eles sejam devidamente notificados para participar do procedimento,³¹ o que também

26 Art 20-B, IV e § 1º da LRE.

27 BECUE, Sabrina Maria Fadel. Tratamento legal do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 84. p. 351-366, jan./jun. 2024.

28 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 39-40.

29 BECUE, Sabrina Maria Fadel. Tratamento legal do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 84. p. 351-366, jan./jun. 2024. p. 361.

30 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 40.

31 Cf. UNITED NATIONS. *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 2021. p. 6.

parece se amoldar às características do procedimento previsto no artigo 20-B da LRE.

Por fim, é necessário verificar se mediação antecedente preenche os dois últimos requisitos previstos na Lei Modelo para ser considerado um procedimento de insolvência, isto é, se de seu ajuizamento decorre a sujeição dos ativos e das atividades do devedor à supervisão de uma autoridade estrangeira, e se essa supervisão se dá para fins de reorganização ou liquidação.

Ao contrário do que ocorre nos processos de RJ e falência, como regra, e excepcionalmente também nos casos de RE, o rito da mediação antecedente não prevê a nomeação de um administrador judicial ou qualquer outro assistente do juízo. Logo, apenas o juízo da causa poderia ser considerado como a autoridade responsável pela supervisão de ativos e atividades de que trata a norma.

A Lei Modelo não especifica o nível de supervisão a ser exercido pela autoridade, e tampouco o momento em que essa supervisão deve ocorrer. De acordo com o Guia, é desejável que esse controle seja de natureza formal, embora admita-se que ele pode ser “potencial em vez de real”.³² Por outro lado, o Guia também ressalta a necessidade de que a supervisão ocorra tanto sobre os bens quanto sobre as atividades do devedor, não sendo suficiente que apenas um desses elementos esteja coberto pelo procedimento.³³

Como regra, os atos praticados pelo juiz a partir do ajuizamento de uma mediação antecedente, com pedido liminar, consistem em: (i) aferir a legitimidade ativa do devedor, verificando se ele preenche os requisitos legais para requerer RJ; (ii) avaliar se estão presentes o

32 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 41-42.

33 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 41-42.

fumus boni iuris e o *periculum in mora* exigidos no art. 305 do CPC; (iii) determinar a suspensão das execuções propostas contra o devedor, por até 60 dias; e (iv) homologar o acordo obtido por meio de conciliação ou mediação realizada durante a vigência da decisão proferida na cautelar.

A antecipação dos efeitos do *stay period* mencionada no parágrafo acima desponta, de maneira inequívoca, como o mais relevante dos atos praticados pelo juízo ao deferir a tutela cautelar antecedente, justamente porque ele produz efeitos (temporários) sobre a esfera jurídica de todos os credores da empresa, e não apenas aos participantes da conciliação ou mediação. A suspensão de execuções individuais protege os ativos do devedor, permitindo que ele conduza suas atividades enquanto negocia com os credores participantes da mediação.

Com base nessas premissas, parece ser possível afirmar que o quarto requisito estaria preenchido, pois ao longo da vigência da decisão proferida na tutela cautelar antecedente, o juiz estaria exercendo, ainda que indiretamente, uma espécie de supervisão sobre os ativos e as atividades do devedor. Por outro lado, talvez o mesmo não possa ser afirmado quanto à presença do quinto e último atributo dos procedimentos de insolvência estrangeiros, qual seja, a supervisão para fins de reorganização ou liquidação.

Ao contrário da decisão que autoriza a antecipação do *stay period*, os efeitos da homologação do acordo resultante da mediação ou conciliação implementada durante a tutela cautelar antecedente limitam-se às partes diretamente envolvidas na negociação. Esse acordo não pode ser utilizado para repactuar contratos celebrados com terceiros, de maneira forçada e com base na aprovação da maioria de créditos ou credores, e tampouco dispor sobre arrecadação de ativos e prioridade de pagamento entre os credores, como ocorreria nos procedimentos típicos de reorganização ou liquidação previstos na LRE.

Ainda que os demais credores tenham a faculdade de aderir aos termos de um acordo de reorganização financeira celebrado nes-

se contexto, apenas aqueles que espontaneamente o fizerem terão seus créditos reestruturados, o que reforça as dúvidas sobre a possibilidade de a mediação antecedente funcionar como um procedimento de reorganização ou liquidação, como exige a Lei Modelo.

Ademais, de acordo com o Guia, procedimentos nos quais os poderes conferidos e os deveres impostos à autoridade estrangeira são mais limitados do que os poderes ou deveres tipicamente associados à liquidação ou reorganização, como, por exemplo, “o poder de não fazer mais do que preservar ativos”,³⁴ não são elegíveis para reconhecimento, ainda que preencham os demais atributos inerentes aos procedimentos de insolvência estrangeiros mencionados anteriormente.³⁵

Nos principais casos³⁶ de insolvência em que a tutela cautelar antecedente foi utilizada, as tratativas realizadas durante a proteção por ela conferida não foram suficientes evitar o posterior ajuizamento de uma RJ ou RE. A experiência brasileira dos últimos anos vem demonstrando que, em termos pragmáticos, a decisão proferida na tutela cautelar tem servido para preservar os ativos do devedor enquanto este prepara o ajuizamento do verdadeiro processo de insolvência.

Dessa forma, ainda que a mediação antecedente seja um procedimento judicial, coletivo, previsto na LRE e no qual os bens e ati-

34 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 42.

35 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and interpretation*. New York: UN, 2014. p. 42.

36 Por exemplo: Santa Cruz Futebol Clube (Ação de Recuperação Judicial n. 0109849-98.2022.8.17.2001, em trâmite perante a Seção B da 18ª Vara Cível de Recife); Grupo Americanas (Ação de Recuperação Judicial n. 0803087-20.2023.8.19.0001, em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro); Grupo Oi (Ação de Recuperação Judicial n. 0090940-03.2023.8.19.0001, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro); Light SA (Ação de Recuperação Judicial n. 0843430-58.2023.8.19.0001, em trâmite perante a 3ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro); Unigel e InterCement, entre outros.

vos do devedor estejam sujeitos à supervisão de uma autoridade brasileira, é questionável se essa sujeição se dá para fins de reorganização ou liquidação, o que impediria seu reconhecimento como *foreign proceeding* nos termos da Lei Modelo UNCITRAL.

2.2. InterCement – mediação antecedente reconhecida como *foreign proceeding*.

Até fevereiro de 2025, o único caso de insolvência transnacional que se enquadra nas discussões do presente artigo foi iniciado pelo grupo InterCement, mediante a abertura de um *Chapter 15 recognition case*, em 15 de julho de 2024, perante a *US Bankruptcy Court for the Southern District of New York*. A medida buscou o reconhecimento, como processo de insolvência estrangeiro, da mediação antecedente respaldada pela tutela cautelar ajuizada no Brasil, e a consequente extensão dos efeitos da decisão que suspendeu as execuções individuais contra o grupo.

Assim como ocorre com a legislação de insolvência empresarial vigente no Brasil, o § 101, item (23) do *USBC* adota os mesmos conceitos da Lei Modelo para a definição de processo estrangeiro. Durante a audiência na qual o pedido de reconhecimento do grupo InterCement fora analisado, o Juiz Martin Glenn fez diversas perguntas sobre o procedimento de mediação, mencionando tratar-se de algo novo em termos de reconhecimento de processos de insolvência brasileiros. Também questionou sobre as subsidiárias estrangeiras do grupo e o andamento dos procedimentos de insolvência que haviam sido iniciados em seus países paralelamente³⁷ a tutela cautelar ante-

37 Um credor da subsidiária holandesa InterCement Financial Operations B.V. ajuizou um processo de insolvência denominado *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)* perante a *District Court of Amsterdam* em 17 de julho de 2024; e a subsidiária InterCement Trading e Inversiones iniciou um procedimento de pré-insolvência perante a *Commercial Court n. 2 of Bilbao, Spain* em 24 de julho de 2024.

cedente, o que dificultaria a sua classificação como um processo de insolvência principal ou não principal.³⁸

Após avaliar os esclarecimentos prestados pelos advogados das partes, o juiz do *Chapter 15* reconheceu o procedimento de mediação e estendeu os efeitos da decisão proferida no Brasil, por entender que a preservação do *status quo* não resultaria em danos significativos a nenhuma das partes, e assim estariam protegidos os ativos do devedor e os direitos e interesses dos credores e demais envolvidos. Ressalvou, contudo, (i) que o reconhecimento da tutela cautelar não era definitivo, e poderia ser revisto oportunamente; e (ii) que a decisão se limitava a proteger os ativos do grupo situados nos EUA, e não proibia a adoção de iniciativas dos credores contra bens situados em outros países.³⁹

Passado o período da mediação sem que a empresa tenha celebrado um acordo com os principais credores da empresa, a tutela cautelar antecedente foi convertida em RE, e as discussões sobre a possibilidade de sua classificação como procedimento estrangeiro perderam o objeto.

3. Conceito de insolvência para fins de qualificação do processo estrangeiro.

O procedimento de mediação da InterCement suscita um interessante debate sobre quais características configuram procedimentos desenhados para tratar a crise empresarial como um procedimento de insolvência. Apesar de ser, até o momento, o primeiro caso envolvendo a legislação brasileira, a discussão subjacente não é nova e tampouco está restrita ao Brasil.

38 MONTEIRO, Lucy. *COURT: InterCement obtains provisional Chapter 15 relief*. Disponível em: <https://debtwire.ionanalytics.com/content/1003874079>. Acesso em: 13 nov. 2024.

39 *In re InterCement Brasil, et. al.*, 24-11226-mg., 22 (Bankr. S.D. N.Y. 2024). Order, Signed on 7/18/2024, Granting Provisional Relief.

Cada país possui seus próprios mecanismos de equacionamento de dívidas, e cenários econômicos adversos, a exemplo da crise financeira de 2008 e da COVID-19, propiciam a criação de novos instrumentos. Os procedimentos podem ser disciplinados por lei não classificadas como legislação, típica e exclusivamente, de insolvência e serem passíveis de utilização por devedores solventes e insolventes. A denominação do instrumento que regula os procedimentos é irrelevante, mas a caracterização do estado de (in)solvência do devedor é um ponto crítico.

Sequer há consenso quanto ao uso e significado da palavra “insolvência”. A doutrina chega a conclusões distintas quanto aos termos insolvência e insolvabilidade.⁴⁰ Assim, é correto concluir que “as noções de insolvência e insolvabilidade, além da diversidade de significados que compromete sua precisão, mostram-se insuficientes para caracterizar o estado de falência”.⁴¹ Ao editar o guia legislativo em 2005, a UNCITRAL definiu insolvência a partir dos critérios de insuficiência de fluxo de caixa (Cash Flow Insolvency) e insuficiência patrimonial (Balance Sheet Insolvency).⁴² Contudo, no âmbito da Lei

40 Apenas para exemplificar, as expressões aparecem como alternativas, mas desacompanhadas de definição (“O termo legal, também chamado de período suspeito, é a fase temporal que antecede o decreto da quebra em que o devedor se encontra em presumível estado de insolvência ou insolvabilidade”. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *In*: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. p. 743). Outras vezes, o termo “insolvência” caracteriza a iliquidez temporária, ao passo que a “insolvabilidade” indica uma crise patrimonial “com o valor dos débitos superando o dos ativos e a capacidade de geração de recursos” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *In* TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. p. 42). Há quem defenda que “insolvência é o inadimplemento definitivo e irremediável” (LOBO, Jorge. *In*: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de.; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117).

41 TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; PUGLIESI, Adriana V. *In*: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*, vol. V. 3ª ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2022. p. 34.

42 “‘Insolvency’: when a debtor is generally unable to pay its debts as they mature or when its liabilities exceed the value of its assets;” (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*. New York: United Nations, 2005. p. 5).

Modelo, a UNCITRAL ressaltou que o termo insolvência possui diferentes concepções e que a expressão “procedimento de insolvência” “*refers to various types of collective proceedings commenced with respect to debtors that are in severe financial distress or insolvent*”.⁴³ Ademais, o Guia que acompanha a Lei Modelo esclarece, em sete oportunidades, que os processos transnacionais são relativos tanto ao devedor insolvente quanto ao devedor acometido por grave crise financeira.

A LRE admite o ajuizamento de RJ e RE a partir da confissão de crise pelo devedor,⁴⁴ cumulada com o preenchimento de requisitos formais (art. 48). Já a decretação da falência se baseia na confissão de crise (autofalência), no inadimplemento⁴⁵ e na prática de atos de falência. Os termos “econômico” e “financeiro”, usados pela LRE nos arts. 47 e 105 para adjetivar a crise⁴⁶ – tanto para fins de recuperação da empresa como para decretação da falência – em nada contribuem

43 Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*. New York: UN, 2014. p. 33.

44 “Esse estado de crise não pressupõe o inadimplemento já ocorrido das obrigações. A crise econômico-financeira se caracteriza quando o devedor, ainda que transitoriamente, não possua recursos financeiros disponíveis para satisfazer uma prestação vencida ou vincenda, ainda que seus ativos permanentes sejam suficientes para a satisfação de todo o passivo.” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 238).

45 O inadimplemento pode ser demonstrado pela impontualidade (art. 94, I) e pela execução frustrada (art. 94, II). Nos dois casos há dívida líquida, vencida e não quitada, diferenciando-se em relação à prova do inadimplemento.

46 “Acima de tudo, o sentido de crise consiste em uma alteração significativa em relação a um padrão de normalidade, resultando em uma desordem no status original da situação. Partindo da premissa que negócios são realizados para gerar benefícios econômicos aos seus idealizadores, o advento de uma crise - que pode atingir os mais diversos graus - tende a ser um obstáculo relevante na trajetória da empresa, com potencial para (i) impactar negativamente seu mercado de atuação, reduzindo o retorno destinado aos sócios (*crise econômica*); (ii) gerar problemas de fluxo de caixa e liquidez (*crise financeira*); (iii) deteriorar o patrimônio propriamente dito (*crise patrimonial*).” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023. p. 51).

para definição do estado de insolvência, pois não distinguem com clareza a crise transitória e superável da crise insuperável. Para decretar a falência, o juízo não precisa averiguar a extensão da crise, e o pedido de autofalência se sustenta na avaliação subjetiva do empresário quanto à impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, ainda que o sócio controlador possa ser responsável na hipótese de liquidação de companhia próspera (art. 117, § 1º, b da Lei n. 6.404/1979 – Lei das Sociedades Anônimas). A Lei 14.112/2020 parece ter introduzido uma nova gradação ao referir-se à “empresa em dificuldade” (art. 20-B), optando por não utilizar a expressão crise econômico-financeira no âmbito da mediação antecedente.

A doutrina estrangeira enfrenta similar questionamento. No âmbito da União Europeia, tanto propostas legislativas⁴⁷. Acesso em: 10/02/2025. como as diretivas e regulamentos em vigor⁴⁸ referem-se à insolvência em contextos distintos, e sem conceituá-la.⁴⁹ E os regimes de reestruturação preventiva - DIRETIVA (UE) 2019/1023 – adicionam uma camada de complexidade, na medida em que estabelecem regras para “devedores com dificuldades financeiras, caso exista uma probabilidade de insolvência, destinados a evitar a insolvência e a garantir a viabilidade do devedor” [art. 1(a)], relegando ao direito nacional a definição de “insolvência” e de “probabilidade de insolvência” [art. 2(2)].

Dentro do escopo deste artigo revisaremos três posicionamentos distintos quanto à caracterização ou definição de insolvência e suas implicações para o regime de insolvência transnacional.

47 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law, 2022/0408 (COD) of 7 December 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0702&qid=1673856579>

48 Conferir: Directive 98/26/EC; Directive 2002/47/EC; Directive 2009/138/EC; Directive 2019/1023/EU; Regulation (EU) 2023/1114; Regulation (EU) 2015/848.

49 Por todos, conferir: BORK, Reinhard; VEDER, Michael; SCHUIJLING, Ben. *Definition of insolvency*: proposals for harmonisation in the European Union. Cambridge: Intersentia Ltd, 2024. p. 5-6.

Para Horst Eidenmüller, não existe uma definição fundamental ou ontológica de insolvência; sua caracterização é conduzida pelo entendimento jurisprudencial ou legislativo predominante em determinado momento.⁵⁰ Justamente por isso que, no tocante à insolvência transnacional, defende o autor que os países deveriam restringir o reconhecimento de processo estrangeiro apenas àqueles que forem “plenamente coletivos”,⁵¹ ou seja, procedimentos que restringem as pretensões individuais de todos os credores para resolver o problema da ação coletiva (*common pool problem*).⁵² Em razão do alcance potencialmente universal dos efeitos do reconhecimento e da assistência concedidos no âmbito da Lei Modelo UNCITRAL e do Regulamento Europeu, os países deveriam ser rigorosos na caracterização de um procedimento de insolvência. Procedimentos como o *scheme of arrangement*⁵³ britânico, que contemplam um número restrito de cre-

50 EIDENMÜLLER, Horst. What is an Insolvency Proceeding? *American Bankruptcy Law Journal*, v. 92, n. 1. p. 53-71, winter 2018.

51 *Ibidem*. p. 14.

52 “A justificativa mais comum para a existência do regime de insolvência, sobretudo a falência, é a solução do problema da ação coletiva (*common pool problem*). O cenário de crise aguda exemplifica a tragédia dos comuns descrita por Hardin, pois a restrição do patrimônio do devedor leva os credores, na defesa de seus interesses pessoais a concorrer pela penhora de bens e, em razão da dificuldade de coordenação das ações movidas por eles, a tragédia é representada pelo esgotamento subótimo dos ativos. A ineficiência das ações individuais dos credores embasa a opção do legislador por um procedimento coletivo e mandatário de arrecadação, realização do ativo e repartição das receitas, cumulado com a suspensão das medidas individuais de cobrança dos créditos.” (OSNA, Mayra Roth Isfer; BECUE, Sabrina. Fresh start brasileiro: oportunidade para o empresário e limites do instituto. In: MELO, Alexandre Nasser de; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RODRIGUES FILHO, João de Oliveira (orgs.). *Falências e recuperação de empresas*: análises do sistema brasileiro de insolvência empresarial. Curitiba: Juruá, no prelo).

53 A aplicação do Regulamento Europeu 2015/848 é restrita aos procedimentos listados no Anexo A e o *scheme of arrangement* não foi incluído nesta relação. Além disso, o *scheme of arrangement* é disciplinado pela lei societária (Part 26 of the Companies Act of 2006) e, em regra, envolve uma classe ou número reduzidos de credores. No entanto, os países adotantes da Lei Modelo UNCITRAL ou outras regras sobre procedimento de procedimento estrangeiro de insolvência costumam reconhecer o *scheme of arrangement*.

dores (ou de classe de credores), não deveriam ser aceitos como procedimento de insolvência para fins de reconhecimento e aplicação das regras de insolvência transnacional. Para Eidenmüller, a expectativa dos credores quanto à lei e fórum que rege suas relações jurídicas não pode ser afetada pelas decisões decorrentes do reconhecimento de processo estrangeiro, salvo se o procedimento reconhecido for processo de insolvência nos moldes definidos por ele como “clássico”.⁵⁴

Madaus compartilha a opinião defendida por Eidenmüller de que a justificativa para abertura de um procedimento de insolvência reside na possibilidade de lidar com os efeitos da ação coletiva.⁵⁵ E propõe a diferenciação entre procedimentos de liquidação e de reestruturação, classificando aqueles dentro do regime de insolvência e esses no campo da teoria contratual.⁵⁶ Os meios recuperatórios são novos contratos firmados com apoio judicial para contornar a resistência – *holdout* – de alguns credores, no entanto, os princípios e regras aplicáveis devem ser pautados pelo direito contratual. O que dá suporte à intervenção judicial na celebração destes acordos é a tragédia dos anticomuns: a multiplicidade de poder decisório sobre a reestruturação da empresa pode conduzir à subutilização de sua capacidade produtiva e destruição de seu valor. Os procedimentos, sem perder a natureza contratual, lidam com essa realidade. No que diz respeito à insolvência transnacional, o autor concorda que a definição de processo estrangeiro contida na Lei Modelo UNCITRAL é

54 EIDENMÜLLER, Horst. What is an Insolvency Proceeding? *American Bankruptcy Law Journal*, v. 92, n. 1. p. 53-71, winter 2018, p. 1.

55 Também concorda que o *scheme of arrangement* não pode ser considerado um procedimento coletivo e, por esta razão, não seria abrangido pelos regimes de insolvência transnacional (MADAUS, Stephan. Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law. *European Business Organization Law Review*, v. 19. p. 615-647, 2018. p. 643).

56 “Restructurings deserve their own legal domain outside of insolvency law.” (*Ibidem*. p. 626).

abrangente e possibilita a inclusão de procedimentos recuperatórios. No entanto, defende que a regras de insolvência transnacional deveriam abranger apenas procedimentos de liquidação e que o reconhecimento de planos de reestruturação deveria ser regido pelas regras de direito internacional privado aplicáveis aos contratos.⁵⁷

Mokal⁵⁸ diverge dos argumentos expostos acima e da exclusão do *scheme of arrangement* como um procedimento de insolvência. Aduz, por exemplo, que as leis não costumam vedar o ajuizamento de liquidação na presença de um único credor ou na ausência completa de bens (falência frustrada), para rebater tese de que o problema da ação coletiva é a característica fundamental do regime de insolvência. Também discorda da atribuição de natureza contratual aos instrumentos recuperatórios e de sua segregação do regime de insolvência. Os critérios de aprovação do plano – disciplinados, em regra, pelo princípio majoritário – não podem ser equiparados à voluntariedade que caracteriza os contratos.⁵⁹ O autor conclui que a insolvência é um conceito escalonado e vago, indicativo de diferentes estágios de crise em que uma pessoa ou ente pode se encontrar. Apesar de não existir um único e exclusivo objetivo passível de ser atingido pela lei de insolvência ou, de forma homogênea, por todas as leis de insolvência, o regime especial é definido por seu caráter teleológico e pro-

57 MADAUS, Stephan. Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law. *European Business Organization Law Review*, v. 19. p. 615-647, 2018. p. 644. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40804-018-0113-7>

58 MOKAL, Riz. What is an insolvency proceeding? Gategroup lands in a gated community. *International Insolvency Review*, v. 31, n. 3. p. 418-473, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/iir.1470>.

59 “What is nevertheless undeniable, however, is that contract law is undergirded by the value of being able voluntarily to enter into enforceable agreements. Compelled contracting is exceptional and justified by considerations, such as the protection of road users and the importance of the continuity of utility supplies, which are extraneous to contract law. Again, by sharp contrast, the overriding of holdouts is intrinsic to the rationale of restructuring law, as, indeed, Madaus accepts in focusing on the anti-commons problem.” (p. 431).

positivo.⁶¹ São leis ou procedimentos de insolvência aqueles que foram idealizados para lidar com as circunstâncias especiais e com as repercussões do cenário de crise. Nessa linha argumentativa, afirma ser inócuo definir pré-insolvência e a tentativa de diferenciá-la dos demais graus de crise.

Vale destacar ainda que a Lei Modelo, como instrumento de *soft law*, é incorporada pelos países com variações redacionais que podem alterar seus conceitos. No tocante à definição de processo estrangeiro, os EUA e Singapura adicionaram que o processo estrangeiro pode estar relacionado à insolvência ou ao ajuste de dívidas (“adjustment of debts”). A ampliação do escopo tem sido interpretada pelos tribunais como a desnecessidade de averiguar o estado de insolvência do devedor para fins de reconhecimento, inclusive autorizando a assistência em favor de devedores solventes.⁶²

O ângulo de análise adotado pelos tribunais⁶³ sugere uma

61 “Insolvency law, and therefore the law relating to insolvency, may seek to respond to a debtor lying at any of a variety of points along this spectrum. And under such law – indeed, sometimes pursuant to the very same legal provisions – the same proceedings involving the same processes may be initiated in relation to both solvent as to insolvent debtors. Therefore, it is not possible to answer the question “What is an insolvency proceeding?” in the abstract. Instead, the criteria for the correct application of the concept of *insolvency proceeding* are purposive: one must first understand *why the question is being asked*.” (MOKAL, Riz. What is an insolvency proceeding? Gategroup lands in a gated community. *International Insolvency Review*, v. 31, n. 3. p. 418-473, 2022. p. 426. Destaques originais).

62 Cf. *Re Ascentra Holdings, Inc (in official liquidation) v SPGK Pte Ltd* [2023] SGCA 32 (“the addition of the words “or adjustment of debt” positively suggests a Parliamentary object to extend the SG Model Law to proceedings concerning solvent companies”); *In re Betcorp LTD* 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009) [“under a law related to insolvency or the adjustment of debts. Importantly, this element does not require the company to be either insolvent or to be contemplating using the provisions of Australian law to adjust any debts.”].

63 Há diversos precedentes estadunidenses interessantes no que diz respeito à qualificação como processo coletivo. A tônica parece repousar mais nestas repercussões e objetivos do procedimento, do que na soma numérica de credores. Procedimento que contempla os interesses de um único credor ou que não permitam o exercício de direitos pelos credores não são aceitos para fins de reconhecimento. A esse respeito, conferir: *In re British Am. Ins. Co.*, 425 B.R. at 902 [“For a proceeding to be collective within the meaning of section 101(23), it must be instituted for the benefit of creditors generally rather than for a single creditor or class of

aproximação com a proposta de Riz Mokhal de abarcar, no âmbito da Lei Modelo UNCITRAL e do Regulamento Europeu 2015/848, procedimentos marcados por condições sociais, comerciais e jurídicas próprias. São essas circunstâncias especiais que caracterizam a insolvência e justificam a cooperação entre as jurisdições. A gradação da crise é irrelevante, mas se o propósito do procedimento é lidar com as repercussões do endividamento para além das pretensões individuais, regidas por cânones do direito contratual, então trata-se de um procedimento de insolvência.

Conclusão.

A adoção da Lei Modelo UNCITRAL representou uma conquista para o sistema de insolvência brasileiro. A complexidade dos casos enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, bem como aqueles que envolvem empresas brasileiras no cenário internacional, demonstra o acerto do legislador ao incorporar regras de insolvência transnacional. No entanto, o texto da UNCITRAL, marcado por sua concisão e ênfase na cooperação jurídica internacional, não fornece respostas para questões controversas, como a qualificação de um procedimento de insolvência. O pedido de reconhecimento de processo estran-

creditors. [...] From the foregoing, the Court concludes that the word "collective" in section 101(23) contemplates both the consideration and eventual treatment of claims of various types of creditors, as well as the possibility that creditors may take part in the foreign action. Notice to creditors, including general unsecured creditors, may play a role in this analysis. In determining whether a particular foreign action is collective as contemplated under section 101(23), it is appropriate to consider both the law governing the foreign action and the parameters of the particular proceeding as defined in, for example, orders of a foreign tribunal overseeing the action." e *In re Global Cord Blood Corp.*, 2022 WL 17478530 (Bankr. S.D.N.Y. Dec. 5, 2022) ["All relevant case law, [...], unequivocally and at length invokes a focus on and involvement of 'creditors' as the main definitional hallmark of 'collective' action within the meaning of section 101(23). [...] Courts' consistent focus on the existence of creditor-related proceedings abroad reflects the overall purpose and focus of Chapter 15, and avoids expanding Chapter 15 to provide Bankruptcy Court assistance for any foreign proceeding aimed at counteracting corporate fraud and making victimized corporations or shareholders whole."].

geiro constitui a principal ferramenta de diálogo entre jurisdições, mas seu êxito pressupõe que o processo local para o qual se busca assistência contemple a coletividade de credores e esteja vinculado à reestruturação ou liquidação de empresas em dificuldade.

O caso da InterCement desafia a doutrina ao combinar duas inovações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020: a mediação antecedente e as normas de insolvência transnacional. Empresas brasileiras não encontram obstáculos para obter o reconhecimento de pedidos de recuperação judicial e extrajudicial em países adotantes da Lei Modelo. No entanto, a mediação antecedente, respaldada pela tutela de urgência cautelar (art. 20-B, IV, § 1º), suscita questionamentos quanto à sua qualificação jurídica para fins de reconhecimento.

A mediação tem como principais propósitos sua utilização por empresas em estágio inicial de dificuldade financeira e a prevenção de procedimentos típicos de reestruturação. Trata-se, por natureza, de um mecanismo bilateral de negociação, sem uma definição rígida quanto ao estágio da crise ou ao número de credores envolvidos. Esse cenário aproxima a doutrina brasileira dos debates acadêmicos e jurisprudenciais sobre a qualificação de um procedimento de insolvência, especialmente no que tange à admissão de instrumentos que não envolvem a totalidade (das classes) dos credores como procedimentos coletivos, à semelhança do *scheme of arrangement* no direito anglo-saxão.

Este artigo chegou a conclusões parciais e que estão longe de poderem ser talhadas em pedra. Em primeiro lugar, a análise de um procedimento para fins de enquadramento como processo estrangeiro depende de uma avaliação casuística, uma vez que sua mera designação formal é insuficiente. No caso concreto, deve-se verificar se o procedimento: (i) é judicial; (ii) é coletivo; (iii) está relacionado à legislação de insolvência vigente no país de origem; (iv) submete os bens e atividades do devedor à supervisão de uma autoridade estrangeira; e (v) destina-se à reorganização ou liquidação da empresa. Em segundo lugar, a apreciação deve considerar eventuais adaptações

textuais feitas pelo país adotante em relação às regras da UNCITRAL. Por fim, não há uma acepção única de insolvência. A proposta de qualificação de um procedimento de insolvência a partir de sua contextualização e de seus objetivos parece estar alinhada com a crescente proliferação e com o incentivo às medidas de reestruturação preventiva.

ABERTURA DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL ATRAVÉS DA INCORPORAÇÃO¹

OPENING OF FOREIGN COMPANIES IN BRAZIL THROUGH CORPORATE REORGANIZATION

*Mariana Saraiva Macambyra**

*Luis Armando Saboya Amora***

Resumo: A legislação brasileira possui alguns tipos societários bem específicos, dentre eles os mais comuns são Sociedade Limitada e Sociedade Anônima, e também possibilita que tais sociedades se reorganizem com a finalidade de expansão de seus negócios. Uma operação de reorganização societária que vem ganhando destaque é a incorporação. A incorporação tem sido uma escolha bastante utilizada por empresas estrangeiras como forma de ingresso no mercado brasileiro e também possibilita que empresas brasileiras se posicionem internacionalmente. Para abertura de empresas no Brasil através da incorporação, as empresas estrangeiras precisam cumprir com algumas formalidades e, por serem complexas, podem afastar investidores. Contudo, o número de empresas estrangeiras com interesse em investir no Brasil por meio da incorporação de empresas brasileiras ainda é bastante expressivo.

Palavras-chave: Incorporação. Investimento estrangeiro. Reorganização societária. Abertura de empresas.

¹ Artigo recebido em: 20.06.2023 e aceito em: 26.09.2025.

* Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Possui especialização em Direito Societário e Negócios Empresariais e em Direito e dos Contratos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduação em Direito (2018) e em Comércio Exterior (2016) pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. Analista jurídica da Can-Pack Brasil Indústria de Embalagens Ltda. E-mail: marimacambyra@hotmail.com

** Professor da pós-graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutorando em Direito Comercial pela USP. Advogado com atuação na área de recuperação de empresas e falências. Coordenador da área de recuperação judicial do Tardioli Lima Advogados. E-mail: luissaboya@hotmail.com

Abstract: The Brazilian legislation has some very specific corporate types, among them the most common are Limited Company and Joint-Stock Company, and also allows such companies to reorganize for the purpose of expanding their business. A corporate reorganization operation that has been gaining prominence is the acquisition. The acquisition has been a choice widely used by foreign companies as a way of stating business in the Brazilian market and also allows Brazilian companies to position themselves internationally. To start a business in Brazil through acquisition, foreign companies need to comply with some formalities and, because they are complex, can drive away investors. However, the number of foreign companies interested in investing in Brazil through the acquisition of Brazilian companies is still quite significant.

Keywords: Acquisition. Foreign investment. Corporate reorganization. Starting a business.

Sumário: Introdução. 1. Reorganização societária. 2. Distinção entre sociedade brasileira e sociedade estrangeira. 3. Fatores que devem ser considerados para estabelecimento de uma sociedade estrangeira no Brasil. 4. Procedimentos para estabelecimento de sociedades estrangeiras no Brasil. Conclusão.

Introdução.

A internacionalização de empresas, de diversos setores, não é uma ação recente. No entanto, nas últimas décadas a busca por abertura de empresas estrangeiras no Brasil tem crescido. Diante da interdependência entre os países, as possibilidades de crescimento das empresas estão cada vez maiores, pois tende a diminuir as limitações de fronteiras.

A procura por vantagens competitivas sempre foi essencial, principalmente entre os anos de 1980 e 1990, mas foi em 1994, após a implantação do Plano Real que o Brasil começa a ter destaque. En-

trar em um novo mercado pode trazer muitas vantagens, tais como: crescimento da empresa, aumento da competitividade e dos lucros.

Diversas são as formas de uma empresa estrangeira investir em um outro país, dentre elas está a abertura de empresas através de reorganização societária, seja através de transformação, fusão, cisão ou incorporação. Sabe-se que a legislação brasileira é complexa, mas abrir uma empresa no Brasil por estrangeiros não é algo tão complicado, porém existem algumas peculiaridades. O Brasil vem ganhando destaque mundialmente e o número de empresas estrangeiras que estão vindo para o Brasil não para de crescer.

Nas últimas décadas, o Brasil obteve um considerável aumento de operações de reorganização societária, principalmente de incorporações. Tais operações a nível internacional trazem a possibilidade de transpor barreiras e ingressar de forma mais rápida em novos mercados. Assim como, uma maior facilidade para obter auxílios governamentais, visto que uma empresa estrangeira que se fixa no Brasil por meio de uma incorporação de empresa brasileira recebe nacionalmente o mesmo tratamento legal.

O presente artigo tem por objetivo analisar os fatores de atração de sociedades estrangeiras e seus requisitos e possibilidades de investimento através de uma operação de reorganização societária, identificando os tipos de reorganização societária, distinguindo sociedade brasileira de sociedade estrangeira, analisando fatores que devem ser considerados para realizar investimento no Brasil e determinando os procedimentos e principais desafios para abertura de empresa no Brasil.

Quanto a metodologia, os dados são de natureza qualitativa, em que tenta compreender o processo estudado. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica explanatória. O referencial teórico do presente artigo está dividido em quatro capítulos. O Capítulo 1 descreve as possibilidades de reorganização societária. O Capítulo 2 traz conceitos e distinções entre sociedades brasileiras e sociedades estrangeiras, à luz da legislação brasileira. O Capítulo 3 tem como foco o entendimento de quais fatores atraem sociedades estrangeiras para investirem de forma direta no Brasil. O Capítulo 4 explica os procedi-

mentos necessários para entrada da sociedade estrangeira no País e os requisitos para seu estabelecimento.

Diante desse número crescente, o que faz com que uma empresa estrangeira tenha interesse em investir no Brasil e quais os procedimentos para que isso aconteça?

1. Reorganização societária.

O Código Civil Brasileiro elenca do artigo 1.039 ao 1.101 um rol dos tipos jurídicos de sociedade. Dentre os tipos societários apresentados os mais comuns são Sociedade Limitada e Sociedade Anônima. O Direito brasileiro permite que essas sociedades se unam ou se separem de acordo com suas vontades. Essa união ou separação é chamada de reorganização societária.

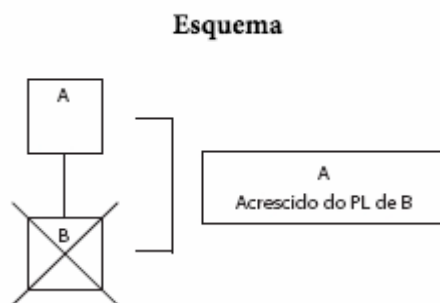
As operações de reorganização societária, previstas no Código Civil nos artigos 1.113 ao 1.121, podem ser realizadas através das seguintes operações: transformação, fusão, cisão ou incorporação. Cada tipo de operação possui suas técnicas.

A operação de transformação é realizada com uma única sociedade, sem necessidade de criação, separação ou união com outra sociedade. O artigo 1.113 do Código Civil traz a seguinte definição para realização desse tipo de operação por sociedades limitadas: “O ato detransformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se”. Já o artigo 220, da Lei nº 6.404/76 (“Lei das SA”), prevê para sociedades anônimas que: “transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”. Nessa operação a sociedade realiza a alteração do seu tipo jurídico. Não há alteração no quadro de sócios ou patrimônio, podendo ainda continuar com a atividade econômica previamente exercida. Essa operação é bastante utilizada para atender às mudanças no mercado. Uma das possibilidades de transformação é uma sociedade limitada se tornar uma sociedade anônima.

A operação de incorporação (Figura 1) consiste na união entre a sociedade A e a sociedade B, a partir da absorção de uma sociedade

pela outra, em que uma será chamada sociedade incorporadora e a outra será chamada sociedade incorporada. Com a conclusão dessa operação, a sociedade B deixa de existir e a sociedade A a sucede em todos os seus direitos e obrigações, conforme previsto no artigo 1.116 do Código Civil: “na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”; e no artigo 227 da Lei das SA “a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.

Figura 1 – Operação de incorporação



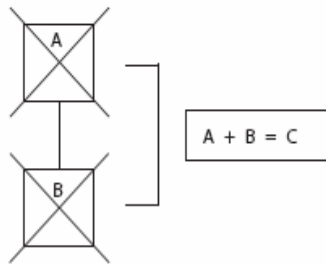
Fonte: Finkelstein (2016, p.195)²

A operação de fusão (Figura 2) ocorre com a união de duas ou mais sociedades. As sociedades anteriores, por exemplo A e B, são extintas e dão lugar a uma nova sociedade, C. Esse tipo de operação está previsto no artigo 1.119 do Código Civil, para Sociedades Limitadas, que prevê que “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”, e no artigo 228 da Lei das SA, para Sociedades Anônimas, que prevê que “A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

2 FINKELSTEIN, Eugênia, M. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 195.

Figura 2 – Operação de fusão

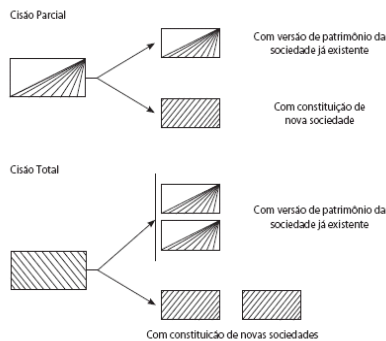
Esquema



Fonte: Finkelstein (2016, p.195)³

Por sua vez, a operação de cisão (Figura 3) possui definição no artigo 229, da Lei das SA: “Cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim, ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”. Na cisão, haverá a extinção da sociedade A e sua divisão em duas ou mais sociedades distintas, por exemplo, sociedade B e sociedade C, e todo o patrimônio da sociedade A é dividido para as novas sociedades.

Figura 3 – Operação de cisão



Fonte: Finkelstein (2016, p.194)⁴

3 FINKELSTEIN, Eugênia, M. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 195.

4 FINKELSTEIN, Eugênia, M. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 194.

Dentre as operações de reorganização societária definidas acima, a que vem ganhando maior relevância no mercado brasileiro e no mercado internacional é a operação de incorporação. Há a possibilidade de empresas estrangeiras se utilizarem desse modelo de operação para ingressarem no mercado brasileiro. Segundo Araújo⁵, esse tipo de incorporação pode ser denominada “incorporação internacional”, “incorporação transnacional” ou “incorporação transfronteiriça”.

Esse tema vem sendo bastante debatido em diversos países. Dentre as diversas legislações sobre o tema, podemos destacar as seguintes:

a) Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de outubro de 2005;⁶

b) *Delaware General Corporation Law* (“DGCL”);⁷

c) *Model Business Corporation Act* (“MBCL”)⁸.

Através de um instituto jurídico adequado e eficiente, como a reorganização societária, as sociedades estrangeiras têm a possibilidade de expandir seus negócios para mercados estrangeiros e as sociedades brasileiras têm a possibilidade de se posicionar internacionalmente, de forma que os dois lados aumentam sua competitividade. Diante da descrição dos institutos jurídicos elencados acima, é possível analisar que a incorporação é uma das opções mais vantajosas. Segundo Lamy Filho e Bulhões:

5 ARAUJO, Daniela Aranha de. *Incorporação transfronteiriça à luz do direito societário brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2019.

6 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2005/56/CE, de 26 de outubro de 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0056&qid=1617717053699>. Acesso em: 24 jan. 2021.

7 DELAWARE. Delaware General Corporation Law. [19-]. Disponível em: <https://delcode.delaware.gov/title8/c001/>. Acesso em: 24 jan. 2021.

8 AMERICAN BAR ASSOCIATION. Model Business Corporation Act. [1950]. Disponível em https://americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corlaws/model-business-law-w-o-comments-2010.doc. Acesso em: 24 jan. 2021.

Preservar a personalidade jurídica de uma das sociedades (que em geral é a de maior dimensão ou reputação no mercado), reduz a averbação da unificação nos registros públicos de propriedade dos bens e requer menos formalidades do que a constituição da nova companhia criada pela fusão.

Tendo como base a justificativa acima, este trabalho irá abordar a incorporação como possibilidade de uma sociedade estrangeira se estabelecer no Brasil.

2. Distinção entre sociedade brasileira e sociedade estrangeira.

Para analisar como uma sociedade estrangeira pode se estabelecer no mercado brasileiro, faz-se necessário entender de forma mais aprofundada a diferença entre sociedade brasileira e sociedade estrangeira.

O Código Civil brasileiro dispõe em seu art. 1.126 que “é nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”. Diante dessa situação podemos entender que ao incorporar uma sociedade brasileira, a sociedade estrangeira poderá se tornar nacional por estar sediada no Brasil e consequentemente seguindo a legislação brasileira. Contudo, para a mudança de nacionalidade da sociedade é necessário, além da prévia autorização do Governo, o consentimento unânime dos acionistas ou sócios, pois, segundo Carvalhosa⁹ “[O] dispositivo funda-se no princípio de que ninguém pode ser coagido a se submeter à aplicação da lei estrangeira, no país de que é natural ou em que reside, a menos que haja disposição expressa na lei nacional.”

Caso a sociedade não atenda aos requisitos do art. 1.126 do Código Civil, ou seja: (i) seja sediada fora do território brasileiro; e (ii) seja constituída de acordo com legislação estrangeira, será caracterizada como sociedade estrangeira. A respeito das sociedades estrangeiras, o Código Civil brasileiro dispõe em seu art. 1.134 que “a socie-

9 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil: parte especial*. Do Direito da Empresa (artigos 1.052 a 1.195). 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 13.

dade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados [...]”, ou seja, para que uma empresa estrangeira seja estabelecida no País, é necessário o seu reconhecimento e adoção do sistema atributivo.

Algo em comum entre os dois tipos de sociedade é que ambas estão sujeitas à autorização do Governo para funcionar, pois são “organizações destinadas a fins de interesse coletivo”. Alguns tipos de atividades são vetados ou possuem restrições às sociedades estrangeiras e estão sujeitas a regime especial por sociedades brasileiras. Dentre essas atividades estão:

- i. cooperativas de crédito;
- ii. companhias de mineração;
- iii. companhias seguradoras, empresas de previdência privada e de capitalização;
- iv. empresas que prestam serviços de radiodifusão;
- v. empresas destinadas a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, refinarias ou destilarias de petróleo; e
- vi. empresas de infraestrutura aeronáutica e as de comércio nas regiões aeroportuárias.

Pelo disposto acima, vê-se que o sistema jurídico brasileiro impõe diversas regras que dificultam o estabelecimento de sociedades estrangeiras no País, visando a proteção dos interesses do Governo. Esses procedimentos e formalidades especiais fazem com que as operações societárias, em especial a incorporação de empresas brasileiras por estrangeiras, seja bastante dificultada ou até mesmo impossibilitada de acontecer.

3. Fatores que devem ser considerados para estabelecimento de uma sociedade estrangeira no Brasil.

Mesmo diante das dificuldades que as sociedades estrangeiras sofrem ao querer se estabelecer no País, muitas delas ainda continuam com interesse de investir no Brasil, não só através de investi-

mento indireto, mas também em investimento direto, ou seja, operacionalizando suas atividades no Brasil. Investir em um novo mercado é um processo complexo, que pode gerar muitas dúvidas e riscos. Porém, esse investimento pode trazer diversos benefícios, incluindo, sem se limitar a: crescimento da empresa, aumento de competitividade e multiplicação dos lucros.

Durante muitos anos houve uma crescente busca de expansão geográfica de empresas, que influenciaram no processo de escolha e maneira de agir de cada sociedade. Pode-se dizer que essa expansão geográfica, a busca por novos mercados, vem de um processo de interdependência entre países, em que uma sociedade compete com outra a nível global.

Em 2020, a consultoria norte-americana A.T. Kearney elaborou um relatório que mede o Índice de Confiança do Investimento Direto Estrangeiro, e o Brasil esteve em 22º na lista dos 25 países mais confiáveis para se investir, com pontuação de 1.65. Segundo a consultoria, dentre alguns pontos que fizeram o Brasil subir no ranking após a queda em 2019 foram a aprovação da reforma da previdência e o esforço do Governo para privatização de alguns setores. A economia mais importante da América Latina é a brasileira. Em 2019, o PIB país foi R\$ 7,4 trilhões. Esse índice pode ser utilizado para analisar a influência do tamanho do mercado consumidor.¹⁰

Segundo Albino,¹¹ há alguns fatores que são relevantes para que uma sociedade estrangeira decida por investir em um país, tais como:

1. Efetividade do governo: percepção sobre a qualidade dos serviços públicos, das políticas públicas e sua implementação;

10 A.T. KEARNEY. *Entrando na tempestade: antecipando riscos em um mundo incerto*. Índice de confiança de investimento estrangeiro direto de 2020. Tradução: Mariana Macambyra. Disponível em: <https://www.kearney.com/documents/20152/17723905/The+2020+Kearney+Foreign+Direct+Investment+Confidence+Index-2+pager.pdf/43de25af-01e1-8b48-4f7e-7575e34730f7?t=1591940119683>. Acesso em: 27 fev. 2021. Título original: Entering the storm: anticipating risk in an uncertain world. The 2020 Foreign Direct Investment Confidence Index.

11 ALBINO, Julia. Fatores determinantes de investimentos estrangeiro no Brasil. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019.

2. Qualidade regulatória: percepção sobre a habilidade do governo em prover e implementar regulações que permitam o desenvolvimento do setor privado;
3. Controle de corrupção: percepção sobre o quanto o poder público é exercido para os interesses privados;
4. Estado de direito: percepção sobre o quanto os agentes têm confiança nas regras da sociedade;
5. Estabilidade política: percepção da probabilidade de instabilidade política e/ou violência motivada por política e terrorismo;
6. Voz e responsabilidade: percepção da extensão em que os cidadãos são capazes de participar na seleção do governo, além de liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

No caso do Brasil, dentre os 6 fatores descritos acima, é fácil de perceber que alguns são extremamente deficitários, tanto que noticiários do mundo todo evidenciam a todo instante. Os serviços públicos carecem de melhorias. Diante dessa situação, as pessoas, físicas e jurídicas, não só se apoiam, mas colocam em primeiro plano os serviços privados e mesmo nessa situação ainda não há uma certeza da prestação de um bom serviço, porém a possibilidade de uma cobrança direta para o cumprimento das obrigações propostas.

1. Cada vez mais o Governo vem tentando desenvolver regulações que permitam o desenvolvimento do setor privado, porém há um grande entrave entre as vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, pois as brigas políticas muitas vezes superam o bem-estar coletivo.
2. O Brasil já foi foco de grandes escândalos de corrupção, envolvendo sociedades nacionais e estrangeiras, o que fez com que houvesse um certo receio de novas sociedades estrangeiras entrarem no País. Desde a promulgação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (“Lei Anticorrupção”), as sociedades estão empenhadas a evitar

que atos de corrupção aconteçam em seus estabelecimentos.

3. O sistema judiciário brasileiro é composto por diversas normas que garantem direitos e deveres, porém há uma morosidade processual, o que faz com que as pessoas fiquem descrentes quanto a resolução do conflito.

4. A imprevisibilidade do ambiente, principalmente em relação a política nos últimos anos no Brasil, torna o investimento mais arriscado, e são poucas as sociedades que possuem perfis agressivos, afastando as demais.

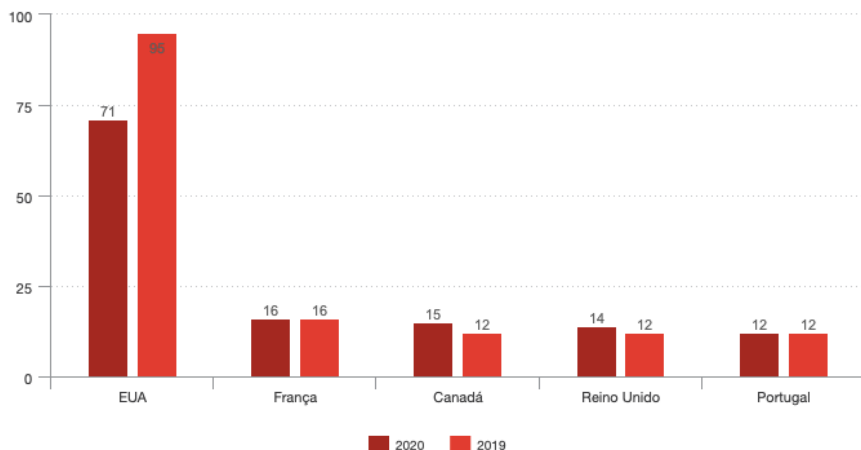
5. A liberdade de imprensa e de expressão são direitos constitucionais, previstos pelo art. 5º da Constituição de 1988. Dentre os fatores acima mencionados este seria o mais atrativo para investimentos no País.

Além dos fatores de decisão acima, o Brasil possui alguns destaques de atração de investimentos estrangeiros, tais como, abundância de recursos naturais, expressiva quantidade de mão de obra, diminuição de barreiras. Segundo Gouvea e Carneiro Júnior:

[...] quanto maior for quantidade de recursos naturais e humanos, tecnologia, infraestrutura, tamanho do mercado, estabilidade econômica e política, maiores serão os investimentos estrangeiros. Contrariamente, quanto mais burocrático e custoso for o sistema burocrático, menores serão os investimentos recebido de IDE no país.

Estados Unidos, França e Canadá se destacam como maiores investidores no Brasil nos anos de 2019 e 2020, representando 46% do total de transações envolvendo capital estrangeiro. Segundo estudo realizado pela PWC em 2021, houve 225 transações envolvendo capital estrangeiros.

Gráfico 1 – Top Investidores estrangeiros de 2020 e 2019



Fonte: PWC (2020)¹²

As incorporações de sociedades brasileiras por sociedades estrangeiras fazem parte de um plano para se adaptarem a estratégias de médio a longo prazo para conseguir aproveitamento de oportunidades e melhoria de sua posição no mercado global. Mesmo durante períodos de incertezas econômicas, há empresas que se arrisgam. Segundo a PWC, atualmente há alguns indicadores e fatores que impulsionam as operações de incorporação.

12 PWC. Fusões e Aquisições no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2020/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-dezembro-20.html>. Acesso em: 27 fev. 2021.

Tabela 1 - Indicadores e fatores que impulsionam as operações de incorporação.

INDICADORES	Taxas de juros estão em níveis baixos
	Recorde de caixa corporativa e capital de mercados privados
	Alta oferta de empréstimos bancários e fontes alternativas de disposição de capitais
	Liquidez nos mercados de títulos
	Aumento de empresas em dificuldades financeiras
	Dólar forte cria oportunidades internacionais para investidores estrangeiros
FATORES	Aceleração da digitalização total
	Novo foco no que é essencial
	Desenvolvimento de resiliência com base em transações
	Investimento maior em ESG (<i>Environmental, Social and Governance</i>)

Fonte: elaborado pela autora.

4. Procedimentos para estabelecimento de sociedades estrangeiras no Brasil.

A legislação brasileira apresenta poucas disposições legais no que se refere à possibilidade de entrada de sociedades brasileiras no Brasil através da incorporação. De início, é pertinente se abordar algumas passagens da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) referente a sociedades estrangeiras no Brasil. Conforme disposto no art. 9º da LINDB, às sociedades estrangeiras constituídas no Brasil será aplicada a legislação brasileira, no entanto, para requi-

sitos extrínsecos poderão ser admitidas as peculiaridades da legislação estrangeira, ou seja, cumpridos estes requisitos, as sociedades estrangeiras poderão incorporar sociedades brasileiras. Assim como para obrigações que tenham que ser cumpridas no Brasil, a autoridade competente será a judiciária brasileira, consoante o art. 12 da LINDB. Além disso, nos termos do art. 1.134 do Código Civil Brasileiro, a sociedade estrangeira somente poderá exercer seus atos no Brasil após a autorização do Poder Executivo e o devido registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial, assegurando, assim, sua regular atuação no território nacional.

Contudo, a intenção de incorporação entre sociedades é materializada por um contrato, que tem como um de seus princípios a Autonomia da Vontade das Partes, que resumidamente pode ser interpretado como “tudo que a lei não proíbe, é permitido”. Tal princípio é sustentado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

Diante de tal situação, há uma lacuna referente à possibilidade de escolha da legislação ou a criação da nova disposição sobre qual regramento os acordos contratuais deverão seguir quando o conteúdo de tais instrumentos diz respeito a incorporação entre sociedades estrangeiras e sociedades brasileiras, pois não há uma restrição normativa para tal possibilidade de escolha e a lei permite a criação de negócios jurídicos atípicos, uma vez que o artigo art. 425, do Código Civil prevê que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

O Manual do Ministério da Economia (BRASIL, 2020) apresenta orientações com base na Instrução Normativa DREI nº 77, de 18 de março de 2020 (DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO, 2020) e no Código Civil para a concretização do estabelecimento de sociedade estrangeira no Brasil.

O Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (“DREI”) é o órgão responsável pelo exame dos processos de es-

tabelecimento no Brasil por sociedade estrangeira, conforme disposto no art. 4º, X da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Este dispositivo foi regulamentado pela IN DREI 77/2020 que prevê:

Os processos referentes aos pedidos de autorização governamental de que trata esta Instrução Normativa serão examinados e decididos pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, ressalvados os casos em que a legislação específica atribui competência a outros órgãos do Poder Executivo.

Tabela 2: Funcionamento de sociedades estrangeiras no Brasil

Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – DREI		
Categorias das Empresas / Objeto de Registro	Natureza do ato	Fundamentação legal / regulamentar
Sociedades estrangeiras	Pedido de autorização para funcionamento e alterações de qualquer natureza de sociedades mercantis estrangeiras, filial, sucursal, agência ou escritório.	Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, arts. 59 a 73 Lei nº 10.406, de 2002 – Código Civil de 2002, art. 1.134. Lei nº 4.595, de 1964, art. 18. IN DREI nº 77, de 2020.

Fonte: Manual Ministério da Economia, 2020.

Os procedimentos necessários para realização do pedido de instalação e funcionamento de sociedades estrangeiras no Brasil está descrito abaixo:

D) Apresentação do pedido de autorização

- Dispositivo legal: art. 1º da IN DREI 77/2020
- Observações:
 - i. O cadastro é realizado no Portal do Governo Federal, juntamente com a solicitação do pedido.
 - ii. Os documentos necessários devem ser apresentados legalizados pela autoridade consular brasileira ou apostilados nos termos da Convenção de Haia (BRASIL, 2019), além desse requisito, os documentos devem ser apresentados com suas respectivas traduções juramentadas.
 - iii. Documentos necessários (art. 1º, § 2º ao 4º da IN DREI 77/2020):
 - a. Ato de deliberação sobre o funcionamento de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil (devendo constar as atividades que a sociedade pretende exercer – a sociedade estrangeira não poderá realizar, no Brasil, atividades constante do seu objeto social vedadas às sociedades estrangeiras e somente poderão exercer as que dependam da aprovação prévia de órgão governamental – e o destaque do capital, em moeda brasileira, destinado às operações no País, que será fixado na portaria de autorização – o objeto social descrito no instrumento a ser arquivado no órgão de registro deve ser idêntico ao que constar na portaria autorizativa);
 - b. Inteiro teor do contrato ou estatuto (atualizado e devidamente registrado no país de origem);
 - c. Lista de sócios ou acionistas, bem como relação dos membros de todos os órgãos da administração, com nomes, profissões, domicílios e número de cotas ou de ações, salvo quando, em decorrência da legislação aplicável no país de origem, for impossível cumprir tal exigência;

- d. Prova de achar-se a sociedade conforme a lei do seu país (documento emitido pelo órgão de registro de seu país de origem);
 - e. Ato de deliberação sobre a nomeação do representante no Brasil – pode ser brasileiro ou estrangeiro, porém deverá possuir domicílio e residência no Brasil – acompanhado da procuração – não pode contar prazo de validade e nem substabelecimento de todos os poderes – que lhe dará poderes para aceitar as condições em que é dada a autorização e plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação pela sociedade;
 - f. Declaração do representante no Brasil de que aceita as condições em que for dada a autorização para funcionamento pelo Governo Federal;
 - g. Último balanço; e
 - h. Guia de recolhimento do preço do serviço – DARF.
- iv. Caso advogado ou terceiro tenha sido nomeado para solicitar o pedido no Portal do Governo Federal, procuração com tal poder deverá ser anexada.

II) Análise do Processo pelo DREI;

- Dispositivo legal: art. 1º, § 1º da IN DREI 77/2020
 - Observações:
- i. Deferimento do pedido;
 - ii. Indeferimento do pedido:
 - a. Verificada a ausência de alguma formalidade legal o processo será posto em exigência.
 - b. A empresa será notificada e terá prazo de 60 dias para o cumprimento da exigência.

III) Autorização do DREI

- Observações:
- i. A autorização governamental ocorre por meio de portaria publicada no Diário Oficial da União.

IV) Arquivamento na Junta Comercial

- Dispositivo legal: art. 3º da IN DREI 77/2020
- Observações:
 - i. Concedida a autorização, a sociedade estrangeira deverá proceder o registro da sociedade na Junta Comercial.

Conforme visto acima, a opção de escolha do regramento ao qual a operação será regida não é uma garantia de autorização para estabelecimento das sociedades estrangeiras no Brasil, pois tal operação está condicionada à prévia autorização das autoridades brasileiras para que possa produzir efeito no Brasil

Conclusão.

Diante do que foi exposto neste artigo, é possível concluir que há vários tipos de operações que empresas podem optar para realizar uma reorganização societária, em especial a incorporação. Abertura de empresas estrangeiras no Brasil através da incorporação de empresas brasileiras é viável, desde que cumpridos os procedimentos e requisitos das legislações sobre o tema aqui proposto. Nos últimos anos, empresas estrangeiras têm optado por investir diretamente no Brasil e diversos são os fatores de tal escolha. Entre os países que mais investem no Brasil estão Estados Unidos, França e Canadá, respectivamente. Diante do crescimento de operações societária envolvendo sociedades estrangeiras e sociedades brasileiras, para futuros trabalhos sobre este tema, recomenda-se estudos mais aprofundados sobre a lacuna na legislação brasileira referente a possibilidade de escolha de qual legislação será aplicada para a operação de incorporação entre sociedades brasileiras e sociedades estrangeiras, tendo como foco o princípio da Autonomia da Vontade entre as Partes. O preenchimento dessa lacuna acarretaria maior segurança jurídica para o mercado internacional, possibilitando que mais empresas considerem o Brasil para investimento direto.

TUTELAS DE URGÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL¹

URGENT RELIEF MEASURES IN JUDICIAL AND OUT-OF-COURT REORGANIZATION

*Filipe Casellato Scabora**

*Gabriel Pego Marques***

Resumo: A reforma da Lei nº. 14.112, de 24 de dezembro de 2020 buscou, ao menos em parte, equacionar as fragilidades no sistema brasileiro de insolvência da Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, em especial no que diz respeito ao acesso à tutela de urgência dentro de um cenário de recuperação judicial ou extrajudicial. Foram introduzidas duas medidas típicas de tutelas de urgência, previstas no artigo 20-B, §1º, da Lei nº. 11.101/2005, que estabelece prazo de suspensão para tentativa de composição via mediação e conciliação prévia ao ajuizamento da recuperação judicial ou extrajudicial e no artigo 6º, § 12, que prevê a antecipação dos efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial, as quais serão analisadas a partir do método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental, e, de estudos de casos práticos.

Palavras-chave: Tutela de urgência. Tutela cautelar. Mediação. Conciliação. Recuperação judicial. Recuperação extrajudicial.

Abstract: The reform of Law No. 14,112, of December 24, 2020, sought to address the weaknesses in the Brazilian insolvency

1 Artigo recebido em: 20.02.2025 e aceito em: 26.09.2025.

* Visting scholar no Warrington College of Business | University of Florida, Fisher School of Accounting. Doutorando e mestre em controladoria e contabilidade pela Universidade de São Paulo – USP. Advogado (UNESP) e contador (USP). Vice-presidente da Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falência da 12ª Subseção da OAB/SP. Professor nos programas de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV e na Fundace Business School – USP. Gainesville/FL, Estados Unidos da América. E-mail: filipe.casellato@ufl.edu

** Especialista em Fintechs e Meios de Pagamento – INSPER e Direito Bancário – FGV. Advogado (Mackenzie). São Paulo/SP, Brasil. E-mail: gabriel.marques@oknocapital.com.br

system established by Law No. 11,101, of February 9, 2005, particularly concerning access to urgent relief measures in judicial and out of court reorganization. Two typical urgent measures were introduced: one provided in Article 20-B, §1, of Law No. 11,101/2005, which establishes a suspension period to allow mediation and conciliation attempts before filing for judicial or out of court reorganization, and another one in Article 6, §12, which allows the anticipation of the stay period of judicial reorganization. These will be analyzed using the deductive method, along with bibliographic and documentary research techniques, as well as case studies.

Keywords: Urgent relief measures. Precautionary relief measures. Mediation; conciliation. Judicial reorganization. Out-of-court reorganization.

Sumário: Introdução 1. Artigo 20-B, §1º, da Lei nº. 11.101/2005: mediação e conciliação antecedente. 1.1. Requisitos da tutela cautelar antecedente. 1.2. Eficácia da tutela cautelar antecedente. 2. Artigo 6º, § 12, da Lei nº. 11.101/2005: antecipação do stay period. Considerações Finais

Introdução.

A reforma da Lei nº. 14.112, de 24 de dezembro de 2020 foi amplamente celebrada em especial no que diz respeito ao acesso à tutela de urgência dentro de um cenário de recuperação judicial ou extrajudicial.

A recuperação extrajudicial, regulada no Capítulo VI da Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, em seus artigos 161 e 167, é uma forma híbrida de reestruturação da empresa em situação econômico-financeira delicada, na medida em que possibilita negociações fora do âmbito do Poder Judiciário, mas que depende de uma homologação judicial de seu plano de recuperação para submissão dos credores que não aderiram ao plano apresentado.²

2 SCALZILLI, J. P.; SPINELLI, L. F.; TELLECHEA, R. *Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. 4. ed. Almedina: São Paulo, 2023. p. 915.

Francisco Satiro sintetiza a recuperação extrajudicial como aquela que opera “no espaço existente entre a recuperação judicial (que atinge maior número de credores e acarreta um sem-número de efeitos) e o acordo simples ou *workout agreement* (que só gerará efeitos contratuais ordinários quanto aos contratantes)”.³

A legitimidade ativa para propor e negociar o plano de recuperação extrajudicial é da empresa em crise econômico-financeira, a qual deverá cumprir os requisitos do artigo 48 da Lei nº. 11.101/2005,⁴ nos termos do artigo 161.⁵

O plano de recuperação extrajudicial negociado, uma vez submetido à homologação judicial, produz efeitos aos credores que a ele aderiram, conforme artigo 162 da Lei nº. 11.101/2005,⁶ a chama *recuperação extrajudicial facultativa*.

Entretanto, o artigo 163 trata de hipótese diversa, a *recuperação extrajudicial impositiva*, que amplia os efeitos do plano de recuperação a todos os credores de uma mesma classe ou grupo de créditos, desde que assinado por credores que representem mais da me-

3 SOUZA JUNIOR, F. S.; PITOMBO, A. S. A. M. (Orgs.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 524.

4 Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

5 Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.

6 Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.

tade dos créditos de cada espécie e submetido à homologação judicial.⁷

Esperava-se que a recuperação extrajudicial despontasse como alternativa mais ágil, informal e economicamente eficaz para superação da crise, contando apenas com intervenção incidental do Poder Judiciário, como ocorre com o *prepackaged plan* norte-americano e do *acuerdo preventivo extrajudicial* argentino,⁸ entretanto, para Marcelo Sacramone essa solução de mercado nem sempre se mostrava suficiente⁹ e o instrumento não tem sido muito utilizado em razão de uma série de desvantagens que a reforma da Lei nº. 14.112/20, buscou, ao menos em parte, equacionar,¹⁰ tanto para a recuperação judicial quanto extrajudicial.

Nesse contexto, foram introduzidas duas medidas típicas de tutelas de urgência, previstas no: (a) artigo 20-B, §1º, da Lei nº. 11.101/2005, que estabelece prazo de suspensão para tentativa de composição via mediação e conciliação prévia ao ajuizamento da recuperação judicial ou extrajudicial; e, (b) artigo 6º, § 12 da Lei nº. 11.101/2005, que prevê a antecipação dos efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial, as quais serão abordadas a seguir.¹¹

7 Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial.

8 SCABORA, F. C. A recuperação extrajudicial e as alterações na Lei de Recuperação de Empresas e Falências: desafios e perspectivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 112. p. 235-254, 2003.

9 SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 329. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595925>. Acesso em: 10 jan. 2025.

10 Dentre as quais pode-se destacar: (i) o quórum de aprovação; (ii) o alcance restrito; (iii) a ausência de suspensão automática das ações e execuções em curso (*stay period*); (iv) o risco de sucessão na alienação de ativos; e, (v) a possibilidade de ações revocatórias. SCABORA, F. C. *Op. Cit.*

11 Daniel Carnio Costa defende que ainda existe uma terceira tutela de urgência, porém atípi-

1. Artigo 20-B, §1º, da Lei nº. 11.101/2005: mediação e conciliação antecedente.

A introdução formal de mecanismos de negociação prévia ou preventiva, como a conciliação e a mediação, foi saudada como um dos grandes avanços da reforma. Para o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, “o novo procedimento de negociação preventiva foi inspirado pelo modelo francês de prevenção da insolvência, criado em 1986, e pela Diretiva Europeia (EU) 2019/1023”,¹² como medida destinada a aumentar a eficiência dos processos de reorganização de empresas.

Não é forçoso lembrar que a *conciliação* é observada quando não há vínculo anterior entre as partes – art. 165, § 2º, do Código de Processo Civil¹³ – pressupondo conflito episódico, onde um terceiro imparcial poderia agir de forma mais assertiva na busca de soluções para o litígio, enquanto a *mediação* ocorre nas situações de vínculo pré-existente entre as partes – art. 165, § 3º, do Código de Processo Civil¹⁴ – numa relação duradoura.

ca, qual seja, a utilização dos procedimentos de tutela cautelar requeridas em caráter antecedente, nos termos do artigo 305 e seguintes do Código de Processo Civil, com fundamento no caput do artigo 189 da Lei nº. 11.101/2005: “Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei”. In: COSTA, D. C. *As tutelas de urgência típicas e atípicas em processos de recuperação judicial de empresas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/386887/tutelas-de-urgencia-em-processos-de-recuperacao-judicial-de-empresas>. Acesso em: 12 jan. 2025.

12 CUEVA, R. V. B. Reforma da Lei nº 11.101/05: a importância de instrumentos simplificados de negociação prévia. In: SANTOS, A.; FLORENTIN, L. M. R.; SALMAZO, R. (Orgs.). WAISBERG, I.; BEZERRA FILHO, M. J. (Coords.). *Transformações no Direito de Insolvência: estudos sob a perspectiva da reforma da Lei 11.101/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 308.

13 Art. 165. [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

14 Art. 165. [...] § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Com esse objetivo, o artigo 20-A da Lei nº. 11.101/2005, introduzido pela reforma da Lei nº. 14.112/2020, estabelece que a “conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores”. O artigo 20-B, por sua vez, elenca as hipóteses de aplicabilidade da conciliação e mediação, quais sejam:

Art. 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente:

I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcursais;

II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais;

III - na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais;

IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial.

Notadamente o inciso IV do artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 trata da possibilidade de conciliação ou mediação para “negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em

dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial”, sendo que, nesta hipótese – de negociação antecedente –, o §1º do referido artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 permite ao requerente a obtenção de tutela de urgência cautelar, nos seguintes termos:

Art. 20-B. [...]. § 1º Na hipótese prevista no inciso IV do caput deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada.

A despeito de os Tribunais fomentarem a mediação/conciliação, não se pode perder de vista que o mecanismo do artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 se trata apenas de um estímulo e “não se confunde com determinação, haja vista que os instrumentos continuam a ser de autocomposição e, portanto, dependem da vontade livre das partes”.¹⁵

Sem prejuízo, o §1º do referido artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 vai além, inaugurando um mecanismo inédito de reorganização de empresas no direito brasileiro.

A empresa que, em situação de insolvência, busca renegociar com seus credores pode agora: (i) instaurar um procedimento de me-

15 SACRAMONE, M. B. *Comentários à Lei Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 158.

dição ou conciliação perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada; e, (ii) uma vez satisfeitos os requisitos do artigo 305 do Código de Processo Civil, requerer a suspensão das execuções pelo prazo de 60 (sessenta) dias.

Ao final desse prazo, alguns cenários possíveis se apresentam:

(i) se a mediação ou conciliação foi bem-sucedida, resultando num acordo entre devedor e credores que: (a) “deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º” da Lei nº. 11.101/2005 (art. 20-C); ou, (b) funciona como recuperação extrajudicial facultativa ou impositiva, a depender do quórum de aprovação e da faculdade da empresa em levar o plano aprovado à homologação judicial, em qualquer hipótese extinguindo-se a tutela cautelar satisfativa;

(ii) se a mediação ou conciliação não foi bem-sucedida, o devedor poderá requerer, como pedido principal (art. 308 do Código de Processo Civil): (a) a recuperação judicial; ou, (b) a recuperação extrajudicial, em qualquer hipótese, o período de suspensão das execuções de 60 (sessenta) dias será deduzido do *stay period* (art. 20-B, § 3º).

Embora a seção II-A da Lei nº. 11.101/2005 seja intitulada “Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de *Recuperação Judicial*”, parece-nos não haver dúvida que as disposições do artigo 20-B são aplicáveis também à recuperação extrajudicial.

No que tange a primeira situação – mediação ou conciliação bem-sucedida –, o artigo 20-C estabelece que “o acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º desta Lei”.

Por sua vez, o artigo 3º da Lei nº. 11.101/2005 define como competente para homologar o “plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Assim, a remissão que faz o artigo 20-C ao artigo 3º, ao tratar competência “para homologar o plano de recuperação extrajudicial” quando da homologação do “acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação” parece deixar clara a possibilidade de mediação com cláusula de recuperação extrajudicial¹⁶.

Já na segunda hipótese – mediação ou conciliação infrutífera –, a situação parece ainda mais clara na medida em que § 3º do artigo 20-B afirma que “se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei”.¹⁷

1.1. Requisitos da tutela cautelar antecedente.

Para concessão da tutela cautelar antecedente nos termos do

16 A esse respeito, mesmo antes da reforma da Lei nº. 14.112/2020, ver: SCAVAZZINI, F. B.; SCABORA, F. C. Instrumentos de negociação preventiva e autocomposição no sistema de insolvência. In: CABRAL, T. A. C. C.; DUTRA, V. B. (Org.). *Comentários aos Enunciados do FONAREF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 27-36.

17 Finalmente, há também o Enunciado 12 do Fonaref, segundo o qual “a mediação é compatível com a recuperação extrajudicial, sendo recomendada sua utilização”, sob a justificativa de que “Não obstante a Recomendação CNJ 58/2019 registre que a mediação deve ser estimulada pelos juízos responsáveis pelo processamento dos processos de recuperação empresarial, da qual a recuperação extrajudicial é uma modalidade, tal compatibilidade deve ficar bem clara, especialmente com as alterações promovidas pela Lei 14.112/2020”. Embora o enunciado não trate especificamente das hipóteses abordadas acima, se insere num contexto mais amplo, na medida em que foi editado como parte de um conjunto de pronunciamentos para esclarecer a aplicação do art. 20-A e seguintes da Lei nº. 11.101/2005, conforme abordado na seção 1.1 a seguir. Além disso, há jurisprudência em formação ratificando essa possibilidade, em especial a recuperação extrajudicial da Unigel Participações S/A, abordada na seção 1.2.

§1º do artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005, deverão ser observados: (i) os requisitos legais do artigo 305 e seguintes do Código de Processo Civil; e, (ii) a instauração prévia de procedimento de mediação ou conciliação perante o Cejusc do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os artigos 16 e 17 da Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015.

Especificamente no que tange aos requisitos legais para concessão da tutela, o artigo 305 do Código de Processo Civil prevê que a petição inicial “indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.¹⁸

A exposição do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo guarda relação com o *periculum in mora*, demonstrando a urgência da concessão da tutela, que deve ser embasada no conjunto probatório ou justificada, não satisfazendo sua mera alegação.

Já a exposição do direito que se busca assegurar tem relação com a probabilidade natural das tutelas de urgência no artigo 300 do Código de Processo Civil para aferir a verossimilhança ou o *fumus boni iuris*, devendo estar “acompanhada de elementos que demonstrem a probabilidade do direito, seja por meio de prova documental

18 “3.3. O requisito da indicação da lide e seu fundamento, diversamente do que se possa imaginar, não cuida da lide cautelar. Na verdade, pretende o legislador, tal como já ocorria no CPC/1973 (art. 801, III – STJ, REsp 1186851/MA, Relatora Ministra Nancy Andrigbi, Terceira Turma, julgado em 27.08.2013), que o requerente da medida decline qual será a pretensão principal, isto é, qual o pedido a ser apresentado em caráter principal, possibilitando, assim, ao juiz antever a pertinência da medida (inclusive sob o aspecto do interesse, legitimidade e competência). A pretensão cautelar é sempre dependente da pretensão principal cuja eficácia visa garantir. Assim, é inadmissível medida cautelar requerida com fim diverso daquele buscado principaliter (STJ, REsp 169.042/SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 01.03.2001). Destaque-se, contudo, que em se tratando das ditas cautelares “satisfativas” (vide item 6 dos comentários ao art. 294), não há necessidade de indicação de qual será a pretensão principal, pois ela não existe (STJ, REsp 744.620/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 12.09.2005)”. In: GAJARDONI, F. F.; DELLORE, L.; ROQUE, A. V.; OLIVEIRA JR, Z. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 465.

(pré-constituída), seja por prova oral colhida em justificação prévia (art. 300, caput e § 2º, CPC), sob pena de a tutela cautelar não ser deferida”.¹⁹

O 1º Congresso do Fonaref,²⁰ realizado em 08 de março de 2023, promoveu uma série de debates sobre a tutela cautelar antecedente na mediação ou conciliação, do que resultaram 15 enunciados:

Enunciado 1 - A definição exata dos credores convidados a participar do procedimento de mediação ou de conciliação instaurado no CEJUSC do tribunal competente ou na câmara privada deve ser exigida como requisito para a concessão da medida cautelar prevista no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005.

Enunciado 2 - A concessão da medida cautelar prevista no art. 20-B, §1º, da Lei n. 11.101/2005 pressupõe a demonstração pelo requerente de que o procedimento de mediação ou conciliação foi instaurado no CEJUSC do tribunal competente ou da câmara especializada, com a comprovação do requerimento da expedição de convite para participar do referido procedimento

Enunciado 3 - O prazo de 60 dias de suspensão previsto no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 é improrrogável e contado em dias corridos

Enunciado 4 - O prazo de 30 dias previsto no art. 308 do Código de Processo Civil não é aplicável à medida cautelar ajuizada com base no art. 20-B

19 *Ibidem.* p. 465.

20 O Fonaref é vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e foi instituído pela Resolução CNJ nº. 466, 22 de junho de 2022, com o objetivo, entre outros, de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento da gestão de processos de recuperação empresarial e falências O 2º Congresso do Fonaref ocorreu 09 de maio de 2024 e aprovou quatro novos enunciados, relacionados à reorganização de empresas em geral e não especificamente à medida ou conciliação.

§ 1º da Lei n. 11.101/2005

Enunciado 5 - Cabe ao requerente comunicar aos juízos responsáveis pelas execuções a concessão da medida cautelar de suspensão deferida com base no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/05.

Enunciado 6 - A medida cautelar de suspensão prevista no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 vincula os credores convidados a participar do procedimento de mediação ou conciliação instaurado no CEJUSC do tribunal competente ou na câmara privada, ainda que não tenham aceitado o convite, não vinculando os credores que não tenham sido convidados.

Enunciado 7 - A devedora não poderá renovar o pedido de suspensão previsto no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 depois de cessada a sua eficácia, salvo em relação a credores que não participaram do procedimento de mediação ou conciliação antecedente, nos termos do art. 309, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Enunciado 8 - Pode o magistrado revogar a medida cautelar deferida com base no art. 20-B, §1º, da Lei 11.101/2005, diante da demonstração, por qualquer credor, de que a devedora não promove ou procrastina o regular andamento do procedimento de mediação ou conciliação instaurado no CEJUSC do tribunal ou na câmara privada.

Enunciado 9 - Os acordos obtidos durante o procedimento de mediação ou conciliação vinculam apenas os credores anuentes, não se aplicando nessa fase a regra da maioria ou a extensão aos dissidentes do acordo aceito pela maioria dos credores.

Enunciado 10 - Os documentos demonstradores de que a empresa em dificuldade preenche os requisitos legais para requerer recuperação judicial, para os fins do art. 20-B, § 1º, da Lei n.

11.101/2005, são aqueles previstos no art. 48 da Lei n. 11.101/2005.

Enunciado 11 - A mediação antecedente e incidental de que trata o art. 20-B da Lei 11.101/2005 deve ser conduzida por profissional capacitado em técnicas de mediação e negociação complexa com múltiplas partes e conhecedor da matéria recuperacional e falimentar, sendo recomendada a co-mediação quando não houver profissional que reúna ambas as expertises.

Enunciado 12 - A mediação é compatível com a recuperação extrajudicial, sendo recomendada sua utilização.

Enunciado 13 - A fiscalização pelo Administrador Judicial da regularidade das negociações entre devedor e credores, nos termos do art. 22, II, *e e f* da Lei 11.101/2005 não implica em sua obrigatória participação em procedimento de mediação incidental, caso este venha a ser instaurado. O Administrador Judicial participará das sessões, caso convidado pelo mediador, respeitando-se o sigilo e a confidencialidade inerentes à mediação

Enunciado 14 - Nos incidentes de impugnação ou habilitação de crédito apresentados na recuperação judicial em que a parte contrária concorde com o pedido, não haverá condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

Enunciado 15 - A novação decorrente do acordo feito entre devedora e credor no procedimento previsto nos artigos 20-B e 20-C da Lei n. 11.101/2005 somente se consolida com o decurso do prazo de 360 dias a contar do acordo firmado e desde que a devedora não ajuíze pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos do art. 20-C, parágrafo único, da referida norma.

O Enunciado 1 se debruça justamente sobre a comprovação

dos requisitos para concessão da tutela cautelar, trazendo a seguinte justificativa:

Toda medida cautelar pressupõe a demonstração de *fumus boni juris* e de *periculum in mora*. No caso dessa medida cautelar nominada, o *periculum in mora* é *in re ipsa*, sendo presumido por lei, na medida em que a suspensão das execuções é essencial para a criação de ambiente mais adequado à realização das negociações, sem o qual as chances de êxito serão reduzidas drasticamente. Entretanto, compete à devedora comprovar a fumaça do bom direito, de modo que a apresentação organizada e precisa dos credores sujeitos ao procedimento de mediação ou conciliação é fundamental para demonstrar, em tese, a possibilidade de reorganização de suas atividades e de superação da crise, sem a necessidade de utilização das ferramentas da recuperação extrajudicial ou judicial.

Tratam-se de posicionamento relevante, ao passo que expressamente afasta a necessidade de comprovação do *periculum in mora*, vez que este seria *in re ipsa* – isto é, presumido por lei, dada a própria situação de insolvência da empresa²¹ –, e ressalta a importância da comprovação do *fumus boni juris* para concessão da medida acautelatória, por meio da “definição exata dos credores convidados a participar do procedimento de mediação ou de conciliação instaurado no CEJUSC do tribunal competente ou na câmara privada”, que passa então a “ser exigida como requisito para a concessão da medida cautelar prevista no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005”.

Assim, conclui-se que para obtenção da tutela de urgência cautelar e, por conseguinte, a antecipação dos efeitos do *stay period*,

21 SCAVAZZINI, F. B.; SCABORA, F. C. Instrumentos de negociação preventiva e autocomposição no sistema de insolvência. In: CABRAL, T. A. C. C.; DUTRA, V. B. (Org.). *Comentários aos Enunciados do FONAREF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

uma vez instaurada a mediação ou conciliação, deverá a empresa assegurar: (i) a comprovação precisa e organizada de seus credores que participarão da mediação ou conciliação; e, (b) o preenchimento dos requisitos legais para requerer recuperação judicial, nos termos do artigo 48 da Lei nº. 11.101/2005.

Nesse sentido, veja-se recente decisão da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 2260863-64.2024.8.26.0000:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO-JUDICIAL. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE-PARA SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES. Insurgência contra decisão que determinou a juntada de documentos fim de comprovar os requisitos do artigo 51 da Lei 11.101/2005, sob pena de indeferimento da inicial. Art. 20-B, § 1º, da Lei 11.101/2005. Preenchidos os requisitos para concessão da tutela de urgência cautelar, isto é, demonstração pela empresa autora do seu direito requerer recuperação judicial e instauração do procedimento de mediação ou conciliação perante câmara especializada. Deferimento parcial da tutela cautelar antecedente para suspensão das execuções movidas contra as agravadas pelos credores, pelo prazo 60 (sessenta) dias. Recurso provido.²²

Nas razões de decidir o relator faz menção ao Enunciado 1, sem, contudo, adentrar na definição exata dos credores convidados a participar do procedimento de mediação ou de conciliação, se limitando a consignar que a empresa teria comprado a instauração do “procedimento de mediação perante a Câmara Especial de Resolução

22 BRASIL. TJSP (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento n. 2260863-64.2024.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Desembargador J. B. Paula Lima. *DJe*, São Paulo, 02 dez. 2024.

de Conflitos em Reestruturação de Empresas – CamCMR, com intuito convidar seus credores a participarem da mediação (fls. 77/80). Está agendada sessão de pré-mediação para o dia 02/09/2024”.

Contudo, analisando-se os autos na origem,²³ verifica-se que a empresa apresentou a relação dos credores convidados a participar da mediação ou conciliação (fls. 70/74), bem como o detalhamento dos passivos vinculados a esses credores (fls. 65/69), de maneira a informar o juízo acerca da extensão dos credores convidados e, por conseguinte, da viabilidade do procedimento de negociação preventiva – nada obstante, inicialmente a tutela cautelar foi indeferida pelo juízo da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital,²⁴ antes de vir a ser reformada pelo TJSP, conforme acima.

Situação semelhante se deu nos autos da Tutela Cautelar Antecedente nº. 1053832-87.2021.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital: inicialmente a tutela foi indeferida, sob o fundamento de que “não se tem notícia de que a Autora esteja se valendo de conciliação mediação, judiciais ou não, para tentar compor seu passivo com seus credores”.

Posteriormente, foram apresentados (fls. 109/123) os documentos comprobatórios da instauração de conciliação, bem como a relação dos credores e passivos vinculados, ao que sobreveio a concessão da tutela pretendida, nos seguintes termos:

23 Tutela Cautelar Antecedente nº. 1137320-32.2024.8.26.0100, em trâmite perante a 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital, posteriormente extinta por sentença que reconheceu a perda de objeto em razão do decurso do prazo previsto no art. 20-B, §1º, da Lei n. 11.101/2005 em 10/02/2025.

24 Inclusive com contundentes críticas quando aos “enunciados elaborados por diversos órgãos da sociedade civil, no âmbito do sistema normativo brasileiro. [...] Resta claro, portanto, que a prerrogativa de elaborar enunciados que sejam vinculantes a juízes e tribunais, no exercício de função constitucional jurisdicional, é exclusiva dos tribunais do E. STJ e do E. STF, do órgão especial/plenário Tribunal, e dos tribunais superiores no caso de IAC e IRDR”. BRASIL. TJSP (3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital). Tutela Cautelar Antecedente n. 1137320-32.2024.8.26.0100. Juiz Leonardo Fernandes dos Santos. *DJe*, São Paulo, 02 set. 2024.

Devidamente demonstrada a instauração de procedimentos cíveis e trabalhistas para mediação, bem como os atos constitutivos que colocam em risco sua atividade, é caso de concessão parcial da tutela provisória requerida. [...] Ante o exposto, concedo tutela provisória para os fins de determinar a suspensão de todas as ações e execuções contra as Autoras, pelo prazo de 60 dias, bem como o curso dos respectivos prazos prescricionais, permanecendo os autos nos juízos onde se processam, ressalvadas as disposições dos §§ 1º, 2º, 7º-A e 7º-B do artigo 6º, §§ 3º e 4º do artigo 49, § 1º do art. 199 e inciso III do artigo 52 da Lei 11.101/05.²⁵

Por fim, outro importante precedente se deu no caso da Unigel Participações S.A. ao ajuizar pedido de Tutela Cautelar Antecedente, recebido sob o nº. 1174558-22.2023.8.26.0100, perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital.

Na ocasião, apesar de a empresa ter apresentado desde logo a comprovação da instauração da mediação e a definição dos credores convidados e passivos vinculados (fls. 851/856), entendeu o magistrado que “apesar de demonstrar a situação de insolvência temporária, não comprovou adequadamente os requisitos do art. 305 do CPC, mormente o perigo de resultado útil ao processo, já que as alegações de riscos de constrições financeiras foram genéricas”, indeferindo a tutela pretendida.

A fundamentação esposada vai de encontro à justificativa do Enunciado 1, segundo o qual “o periculum in mora é *in re ipsa*, sendo presumido por lei, na medida em que a suspensão das execuções é essencial para a criação de ambiente mais adequado à realização das

25 BRASIL. TJ-SP (2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital). Tutela Cautelar Antecedente n. 1053832-87.2021.8.26.0100. Juiz Marcelo Barbosa Sacramone. *DJe*, São Paulo, 14 jun. 2021.

negociações, sem o qual as chances de êxito serão reduzidas drasticamente”.

Ato contínuo, após manifestação da empresa no sentido de comprovar o *periculum in mora*, a decisão foi reconsiderada pelo juízo para conceder a tutela cautelar:²⁶

No caso dos autos, os requerentes - que aparentemente preenchem os requisitos legais para formularem pedido de recuperação judicial -, iniciaram procedimento de mediação perante a CamCMR com os credores de fls. 854/856. E fizeram para tentar solucionar a situação de crise econômico-financeira. Diante da crise notada pelos credores, há o sério risco de que eles passem a ajuizar ações de execução e promovam a penhora de bens, com grave prejuízo à atividade empresarial e à solução negociada mais benéfica para todos. [...] Sendo assim, reconsidero a decisão de fls. 1.144/1.145 e CONCEDO TUTELA CAUTELAR para determinar a suspensão de todas as ações e execuções contra a autora, por créditos sujeitos à recuperação, pelo prazo improrrogável de 60 dias, bem como o curso dos respectivos prazos prescricionais, permanecendo os autos nos juízos onde se processam, ressalvadas as disposições dos §§ 1º, 2º, 7º-A e 7º-B do artigo 6º, §§ 3º e 4º do artigo 49, § 1º do art. 199 e inciso III do artigo 52 da Lei 11.101/05.²⁷

Como se pode observar, em que pesem as previsões do artigo

26 A decisão que indeferiu a tutela cautelar foi proferida em 11/12/2023 pelo Juiz Leonardo Fernandes dos Santos, enquanto a decisão que reconsiderou a concessão foi proferida em 13/12/2023, pelo Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho.

27 BRASIL. TJ-SP (2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital). Tutela Cautelar Antecedente n. 1174558-22.2023.8.26.0100. Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho. *DJe*, São Paulo, 22 jan. 2024.

20-B, § 1º, da Lei nº. 11.101/2005 e do artigo 305 do Código de Processo Civil, juntamente com as orientações trazidas pelo Enunciado 1, mesmo diante da demonstração de que foi instaurada a mediação ou conciliação e da definição dos credores convidados e passivos vinculados, ainda persiste certa controvérsia quanto a comprovação dos requisitos para concessão da tutela cautelar. Felipe Scavazzini e Filipe Casellato Scabora argumentam que a demonstração da verossimilhança do direito invocado e do perigo da demora,²⁸ objetiva:

[...] certificar não apenas o real risco de prosseguimento das ações contrárias para a viabilidade da negociação preventiva e quiçá da própria empresa – que, neste caso, seria *in re ipsa* ou presumido por lei –, mas também prover ao juízo evidências necessárias de que a tentativa de autocomposição engloba, ao menos, credores que sejam relevantes para o soerguimento da empresa e não está sendo manejada de forma a excluir certos credores ou classe de credores em detrimento de privilegiar outros.

Desse modo, embora a tutela cautelar busque resguardar os devedores, suspendendo as execuções e cobranças que poderiam inviabilizar a solução negocial²⁹ – e evitar uma recuperação judicial ou extrajudicial³⁰ –, a análise dos requisitos para sua concessão deve

28 SCAVAZZINI, F. B.; SCABORA, F. C. Instrumentos de negociação preventiva e autocomposição no sistema de insolvência. In: CABRAL, T. A. C. C.; DUTRA, V. B. (Org.). *Comentários aos Enunciados do FONAREF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

29 Para Filipe Casellato Scabora, antes da reforma da Lei nº. 14.112/2020, “a ausência dessa previsão representava verdadeiro empecilho aos procedimentos de negociação prévia: sem a garantia de suspensão das ações, até mesmo os credores envolvidos na tentativa de autocomposição poderiam excutir bens do devedor, frustrando a negociação e quiçá o próprio soerguimento da empresa em crise, ainda mais diante da figura dos credores holdouts, mais resistentes à negociação”. SCABORA, F. C. Instrumentos de negociação preventiva e autocomposição no sistema de insolvência. In: CABRAL, T. A. C. C.; DUTRA, V. B. (Org.). *Comentários aos Enunciados do FONAREF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 27-36. p. 150.

30 “A medida judicial pleiteada busca resguardar a solução da crise por meio de negociação

também levar em consideração os interesses dos credores, como forma de prevenir o manejo abusivo da medida, o que somente se dará através de uma avaliação criteriosa se a definição dos credores convidados e passivos vinculados será eficaz para o soerguimento da empresa.

1.2. Eficácia da tutela cautelar antecedente.

Uma vez concedida da tutela cautelar antecedente, cessam contra o devedor o prosseguimento de todas as cobranças e execuções pelo prazo de 60 (sessenta) dias (art. 20-B, § 1º, da Lei nº. 11.101/2005).

A tutela cautelar deixará de produzir efeitos se decorrido esse prazo sem que seja levado ao juízo para homologação o acordo obtido na conciliação ou mediação (art. 20-C) ou que haja notícia de requerimento de recuperação judicial ou extrajudicial.³¹

Com efeito, o artigo 309 do Código de Processo Civil aduz que “cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente”, de tal forma que, diante do decurso do prazo do artigo 20-B, § 1º, da Lei nº. 11.101/2005 – e sem que haja notícia de acordo, recuperação judicial ou extrajudicial –, as execuções contra o devedor deveriam ser retomadas espontaneamente, sob pena de prejuízo aos credores.

A extensão da suspensão, inclusive, não é autorizada pela legislação, tendo o Enunciado 7 advertido que “a devedora não poderá

extrajudicial entre devedor e credores, apoiada pela mediação. Se exitosa a negociação, poderá evitar uma recuperação judicial, poupando recursos do devedor e dos credores, além de não sobrecarregar o Poder Judiciário. [...] Melhor que se protejam os devedores desde logo, a fim de que possam buscar a solução negocial”. BRASIL. TJ9SP, Tutela Cautelar Antecedente n. 1174558-22.2023.8.26.0100. Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho. *DJe*, São Paulo, 22 jan. 2024.

31 Hipótese em que, de acordo com o art. 20-B, § 3º, o período de suspensão da tutela cautela será deduzido do *stay period* de 180 (cento e oitenta) dias previsto no artigo 6º da Lei nº. 11.101/2005.

renovar o pedido de suspensão previsto no art. 20-B, § 1º, da Lei nº. 11.101/2005 depois de cessada a sua eficácia, salvo em relação a credores que não participaram do procedimento de mediação ou conciliação antecedente”, com a seguinte justificativa:

A medida cautelar de suspensão das execuções prevista no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 está sujeita ao regime jurídico das tutelas cautelares requeridas em caráter antecedente. Nesse sentido, depois de cessada a eficácia da medida pelo decurso do prazo de 60 dias sem o ajuizamento do pedido principal, é vedado à devedora renovar o pedido, salvo em relação a outros credores, conforme dispõe o art. 309, parágrafo único, do CPC.

Nada obstante, nos autos da Tutela Cautelar Antecedente nº. 1053832-87.2021.8.26.0100, já citada anteriormente, a tutela concedida foi publicada em 14 de junho de 2021, perdendo seus efeitos em 14 de agosto de 2021 sem que houvesse acordo com os credores, tendo, contudo, o juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital³² deferido a sua prorrogação:

[...] a prorrogação dos efeitos da tutela concedida as fls. 124/125 por mais 60 dias – nos seus exatos termos e como medida excepcional, que não se renovará. Dispensar a Recuperanda da apresentação de certidões negativas para que exerça suas atividades, observado o disposto no §3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 da Lei 11.101/05 (art. 52, II).³³

32 A decisão que concedeu a tutela cautelar foi proferida em 02/06/2021 pelo Juiz Marcelo Barbosa Sacramone, enquanto a decisão que deferiu a sua prorrogação foi proferida em 24/09/2021, pelo Juiz Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho.

33 BRASIL. TJ-SP (2ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital). Tutela

Em face dessa decisão foi interposto, pelo credor, Agravo de Instrumento nº. 2246437-52.2021.8.26.0000 em 19 de outubro de 2021 e, antes do julgamento, a empresa distribuiu pedido de Recuperação Judicial autuado sob o nº 1130668-04.2021.8.26.0100, também perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital.

Mesmo diante da suposta perda de objeto do recurso com a distribuição do pedido de recuperação judicial, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP houve por bem reformar integralmente a decisão recorrida, ratificando a “perda imediata da eficácia da tutela concedida” e a impossibilidade da sua prorrogação:

Pedido de tutela antecedente à propositura de recuperação judicial. Prorrogação de suspensão de execuções Interpretação do art. 20-Bda Lei 11.101/2005. Medida cautelar voltada para a proteção do patrimônio da devedora da “corrida de credores”, viabilizando seja equacionada uma conjuntura dotada de gravidade com o uso dos instrumentos próprios à conciliação e à mediação, e não ostenta uma caráter autônomo, sempre vinculada ao planejamento da solução desta situação de crise empresarial, que pode resultar da celebração de transações gerais ou parciais, conjugado, eventualmente, um pleito de homologação de recuperação extrajudicial, ou, alternativamente, o ajuizamento de um requerimento de recuperação judicial Ultrapassados os prazos fixados, ausente a atuação judicial da recorrida (autora) num momento posterior e dentro do específico prazo fixado, infrutíferas a conciliação ou a mediação possibilitadas para serem feitas

Cautelar Antecedente n. 1053832-87.2021.8.26.0100. Juiz Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho. *DJe*, São Paulo, 04 out. 2021.

por antecipação Perda imediata da eficácia da tutela concedida, ausente pressuposto necessário ao desenvolvimento do processo - Decreto de extinção sem resolução de mérito fundado no art. 485, IV do CPC/2015, sem a atribuição de ônus sucumbenciais, dada a natureza do procedimento em pauta, em que não se define um litígio em seu sentido próprio Recurso provido.³⁴

Já no caso da Unigel Participações S/A, também mencionado anteriormente, a tutela cautelar antecedente requerida nos autos nº. 1174558-22.2023.8.26.0100 foi concedida em 14 de dezembro de 2023 e, tendo decorrido o prazo de 60 (sessenta) dias sem acordo ou notícia de recuperação judicial ou extrajudicial, foi requerida a sua extinção pelo credor.

Em 20 de fevereiro de 2024, antes que sobreviesse decisão sobre a extinção da tutela, a empresa emendou a inicial e apresentou seu pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial, cujo deferimento foi deferido em 21 de fevereiro de 2024:

Diante disso, presentes os requisitos legais, DEFIRO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL [...]. Nos termos do §8º do art. 163 da Lei 11.101/2005, aplica-se à recuperação extrajudicial a suspensão de que trata o art. 6º da mesma lei, no que se refere estritamente às espécies de créditos abrangidos por ela. Por isso, determino a suspensão, pelo prazo de 180 dias, de todas as execuções em curso contra as requerentes por credores sujeitos à recuperação.

34 BRASIL. TJ-SP (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). AI n. 2246437-52.2021.8.26.0000. Relator: Desembargador Fortes Barbosa. *Diário de Justiça Eletrônico*, São Paulo, 06 abr. 2022.

Diante do trecho final da decisão, que determinara “a suspensão, pelo prazo de 180 dias, de todas as execuções em curso contra as requerentes por credores sujeitos à recuperação”, foram interpostos Embargos de Declaração pelos credores, sendo certo que, em 21 de março de 2024, a decisão fora retificada apenas para esclarecer a dedução dos 60 (sessenta) dias que trata o artigo 20-B, §3º da Lei nº. 11.101/2005³⁵ do prazo total do *stay period*.³⁶

Para além da dedução do prazo do *stay period* – expressa no art. 20-B, §3º –, dos autos em questão extrai-se outro aparente debate, agora a respeito da contagem de prazos: o requerimento de extinção da tutela formulado pelo credor considerou o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias a partir da *data do deferimento*, enquanto a empresa apresentou o pedido de recuperação extrajudicial no 60º (sexagésimo) dia contado da *data da publicação* daquela decisão.

A decisão que deferiu o processamento da recuperação extrajudicial não adentrou o tema, mas a questão pode ganhar mais relevo a depender do prazo decorrido entre a perda de eficácia da tutela e a concessão da recuperação, no qual a excussão dos bens da empresa poderia ocorrer, muito embora parece-nos mais apropriado admitir a interpretação da empresa, por força da regra geral do artigo 224, § 3º

35 Art. 20-B. [...] § 3º Se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei.

36 “4 - Com fundamento no § 3º, do art. 20-B, da Lei 11.101/2005 - “Se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei” -, acolho os embargos de declaração de Vórtx e de BNYMellon, no que se refere à dedução dos 60 dias da tutela cautelar do prazo de “*stay period*” de 180 dias. Desta forma, retifico a decisão de fls. 3.104/3.107, para determinar a suspensão, pelo prazo de 120 dias, contado da data do pedido (art. 163, par. 8º.), de todas as execuções em curso contra as requerentes por credores sujeitos à recuperação.” BRASIL TJ-SP (2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital). Tutela Cautelar Antecedente n. 1174558-22.2023.8.26.0100., Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho. *DJe*, São Paulo, 26 mar. 2024.

do Código de Processo Civil³⁷ uma vez que a norma especial – Lei nº. 11.101/2005 – não especifica.

Mais recentemente por fim, nos autos da Tutela Cautelar Antecedente nº. 1137320-32.2024.8.26.0100 mencionada anteriormente, a tutela foi concedida pelo TJSP, novamente tendo transcorrido o prazo de 60 (sessenta) dias sem acordo ou pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, porém, diante do pedido de “suspensão da presente demanda pelo prazo de 30 (trinta) dias” formulado pela requerente, o juízo da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital, muito acertadamente extinguiu o processo, pondo fim a eficácia da tutela pois “incontroverso nos autos o decurso do prazo previsto no art. 20-B, §1º da Lei Falimentar sem que nenhum acordo tenha sido trazido a juízo para homologação [...] de rigor a extinção do feito”.³⁸

As decisões ora colacionadas elucidam diversos aspectos ainda controvertidos acerca da tutela cautela cautelar antecedente: primeiro, a despeito de o caput do artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 dispor tão somente sobre “processos de recuperação judicial”, é inegável que referido artigo se aplica também às recuperações extrajudiciais, por força dos seus artigos 20-B, §3º e 20-C, do Enunciado 12 e principalmente dos precedentes ratificando essa possibilidade, em especial a recuperação extrajudicial da Unigel Participações S/A.

37 Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.

§ 1º Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.

§ 2º Considera-se como data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.

38 A sentença que extinguiu a tutela cautelar antecedente é datada de 12/02/2025 e até o momento da elaboração deste artigo não há notícias de pedido de recuperação judicial ou extrajudicial da empresa.

Por outro lado – e apesar dos precedentes e enunciados do Fonaref –, alguns temas ainda comportam discussão, como, por exemplo, o efetivo alcance e a comprovação da exposição do perigo de dano e da verossimilhança exigidos para concessão da tutela, passando pelo que acontece quando cessam seus efeitos e até mesmo a contagem do prazo de extinção da tutela.

2. Artigo 6º, § 12, da Lei nº. 11.101/2005: antecipação do *stay period*.

A segunda tutela de urgência típica que esse artigo se presta a detalhar é aquela disposta no artigo 6º, § 12 da Lei nº. 11.101/2005, com redação dada pela reforma da Lei nº. 14.112/2020:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência. [...]

§ 12. Observado o disposto no art. 300 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Diferentemente da tutela prevista no artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005, que dispõe sobre conciliação ou mediação de forma antecedente ao pedido de recuperação judicial ou extrajudicial (art. 305 do Código de Processo Civil), o artigo 6º, § 12 diz respeito à antecipação dos efeitos do *stay period* de forma acautelatória, desde que observado o disposto no artigo 300 do Código de Processo Civil para as tutelas de urgência:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de ir-reversibilidade dos efeitos da decisão.

Sobre a concessão da tutela de urgência, assim já se manifestou a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL Tutela Cautelar antecedente - Pedido de antecipação dos efeitos do processamento da recuperação judicial Art. 6º, §12 da lei11.101/05. Medida que somente pode ser concedida caso haja probabilidade do direito, risco ao resultado útil do processo ou perigo de dano e a presença dos documentos elencados no art. 48 da Lei 11.101/05. Ausência de elementos que autorizam a concessão da medida. Falta de certidões para aferir se já foram feitos pedidos de

Recuperação judicial Inexistência de medidas capazes de provocar a interrupção da empresa - Não documentado instauração do procedimento de conciliação e mediação, conforme exige o art. 20-B, §1º, da Lei 11.101/05. Decisão mantida Recurso improvido.³⁹

Nesse sentido, tem-se que, de acordo com interpretação do TJSP, a tutela de urgência será concedida quando observadas: (i) a probabilidade do direito (*fumus boni juris*), (ii) o risco ao resultado útil do deferimento do processamento da recuperação judicial (*periculum in mora*); bem como, (iii) a existência dos documentos enumerados no artigo 48 da Lei nº. 11.101/2005.

Para Daniel Carnio Costa, a Lei nº. 11.101/2005 não definiu exigências específicas de comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, tendo a empresa a liberdade para demonstrar de forma plausível o seu direito e a presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.⁴⁰

Para reforçar, o autor se vale de um exemplo bastante prático: no caso de já existir um pré-aviso de corte do fornecimento de energia elétrica na sede da devedora, por dívidas decorrentes de serviços junto à concessionária de energia, ocasião em que pode a empresa requerer que o juiz antecipe a impossibilidade de interrupção do serviço mesmo antes do deferimento do processamento da recuperação judicial.

O pedido de antecipação de tutela com amparo no artigo 6º, § 12 da Lei nº. 11.101/2005 pode ser realizado de forma:

39 BRASIL. TJ-SP (4ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). AI n. 2004298-35.2022.8.26.0000. Relator: J. B. Franco de Godoi. *DJe*, Brasília, 01 jun. 2022.

40 COSTA, D. C. *As tutelas de urgência típicas e atípicas em processos de recuperação judicial de empresas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/386887/tutelas-de-urgencia-em-processos-de-recuperacao-judicial-de-empresas>. Acesso em: 12 jan. 2025.

(i) *antecedente ou prévia ao pedido de recuperação judicial*, ocasião em que após o deferimento da antecipação dos efeitos do artigo 6º, incisos I, II e III da Lei nº. 11.101/2005, a empresa deverá emendar a inicial com todos os documentos previstos no artigo 51 em 15 (quinze) dias;⁴¹ ou, (ii) *incidental, após o ajuizamento do pedido e antes do deferimento do processamento da recuperação judicial*, vez que esse período pode se estender significativamente em razão da análise judicial da presença dos requisitos legais ou mesmo em razão da determinação de uma constatação prévia,⁴² conforme artigo 51-A da Lei nº. 11.101/2005.⁴³

41 COSTA, D. C.; MELO, A. C. N. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 99.

42 COSTA, D. C. *As tutelas de urgência típicas e atípicas em processos de recuperação judicial de empresas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/386887/tutelas-de-urgencia-em-processos-de-recuperacao-judicial-de-empresas>. Acesso em: 12 jan. 2025.

43 Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

§ 1º A remuneração do profissional de que trata o caput deste artigo deverá ser arbitrada posteriormente à apresentação do laudo e deverá considerar a complexidade do trabalho desenvolvido.

§ 2º O juiz deverá conceder o prazo máximo de 5 (cinco) dias para que o profissional nomeado apresente laudo de constatação das reais condições de funcionamento do devedor e da regularidade documental.

§ 3º A constatação prévia será determinada sem que seja ouvida a outra parte e sem apresentação de quesitos por qualquer das partes, com a possibilidade de o juiz determinar a realização da diligência sem a prévia ciência do devedor, quando entender que esta poderá frustrar os seus objetivos.

§ 4º O devedor será intimado do resultado da constatação prévia concomitantemente à sua intimação da decisão que deferir ou indeferir o processamento da recuperação judicial, ou que determinar a emenda da petição inicial, e poderá impugná-la mediante interposição do recurso cabível.

Diferentemente da seção anterior, em se concluiu que o artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 serve tanto à recuperação judicial quanto à recuperação extrajudicial, a antecipação dos efeitos da tutela com base no artigo 6º, § 12 em casos de recuperação extrajudicial segue controvertida.

Em julgamento datado de 1º de dezembro de 2023, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP assim se manifestou sobre o tema:

Agravo de instrumento – Recuperação extrajudicial–Tutela de urgência cautelar – Decisão recorrida que, indeferiu “a medida cautelar pretendida, para suspensão das ações e execuções em trâmite contra a recuperanda, inclusive no âmbito extrajudicial” – Inconformismo da devedora – Não acolhimento – Tutela de urgência prevista no artigo 6º, § 12, da Lei nº 11.101/2005 tem lugar no âmbito da recuperação judicial, já que ela compreende a antecipação total ou parcial dos “efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial” – Concessão, como é natural de qualquer tutela de urgência, está condicionada à verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (CPC, art.300) – Medida absolutamente excepcional – Pretensão recursal relativamente à extensão da tutela cautelar à recupera-

§ 5º A constatação prévia consistirá, objetivamente, na verificação das reais condições de funcionamento da empresa e da regularidade documental, vedado o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise de viabilidade econômica do devedor.

§ 6º Caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis.

§ 7º Caso a constatação prévia demonstre que o principal estabelecimento do devedor não se situa na área de competência do juízo, o juiz deverá determinar a remessa dos autos, com urgência, ao juízo competente.

ção extrajudicial extrapola a natureza, a finalidade e os efeitos desta, daí por que não convence e não revela a probabilidade do direito – Pretensão da agravante que é genérica e indistinta e, ao que parece, busca camuflar a inviabilidade econômica dela – Devedora useira e vezeira na utilização dos mecanismos destinados à recuperação da empresa (como a ela própria informa, já requereu concordata e agora está em recuperação judicial) – Benefício pretendido (obtenção de *stay period* fora das hipóteses legais que o preveem) acarreta risco de prejuízo à satisfação dos legítimos interesses de credores, de deturpação dos importantes objetivos que os institutos da recuperação judicial e extrajudicial procuraram tutelar e de acobertamento de pretensões que confundem a preservação da empresa com a preservação da sociedade empresária inviável, o que não se admite – Decisão recorrida mantida – Recurso desprovido.⁴⁴

Analisando-se o acórdão, verifica-se que, de acordo com o voto do relator, a tutela prevista no artigo 6º, § 12 da Lei nº. 11.101/2005 “*não serve para acautelar o pedido de recuperação extrajudicial que a agravante requererá; serve, apenas, para acautelar a recuperação judicial, desde que, é claro, preencham-se todos os demais requisitos legais*”. Ainda, conforme o relator:

Neste cenário, o benefício pretendido obtenção de *stay period* fora das hipóteses legais que o preveem acarreta risco de prejuízo à satisfação dos legítimos interesses de credores, de deturpação dos importantes objetivos que os institutos da recuperação judicial e extrajudicial procuraram tu-

44 BRASIL. TJ-SP (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). AI n. 216976-64.2023.8.26.0000. Relator: Mauricio Pessoa. *DJe*, Brasília, 15 dez. 2023.

telar e de acobertamento de pretensões que confundem a preservação da empresa com a preservação da sociedade empresária inviável, o que não se admite.⁴⁵

Entretanto, como preconiza o artigo 163, §§ 7º e 8º da Lei nº. 11.101/2005, o *stay period* na recuperação extrajudicial corre automaticamente com o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, desde que comprovado o quórum inicial de 1/3 (um terço) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, com o compromisso de a empresa atingir o quórum previsto no *caput* daquele artigo no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias:

Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial.

§ 1º O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do caput, desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação.

§ 2º Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no caput deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas.

45 BRASIL. TJ-SP (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). AI n. 216976-64.2023.8.26.0000. Relator: Mauricio Pessoa. *DJe*, Brasília, 15 dez. 2023.

§ 3º Para fins exclusivos de apuração do percentual previsto no caput deste artigo:

I – o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano; e

II – não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo.

§ 4º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 5º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação extrajudicial.

§ 6º Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar:

I – exposição da situação patrimonial do devedor;

II – as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta Lei; e

III – os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

§ 7º O pedido previsto no caput deste artigo poderá ser apresentado com comprovação da anuência de credores que representem pelo menos 1/3 (um terço) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos e com o compromisso

de, no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, contado da data do pedido, atingir o quórum previsto no caput deste artigo, por meio de adesão expressa, facultada a conversão do procedimento em recuperação judicial a pedido do devedor.

§ 8º *Aplica-se à recuperação extrajudicial, desde o respectivo pedido, a suspensão de que trata o art. 6º desta Lei*, exclusivamente em relação às espécies de crédito por ele abrangidas, e somente deverá ser ratificada pelo juiz se comprovado o quórum inicial exigido pelo § 7º deste artigo.

Com efeito, não se trata de mera interpretação, mas de exata previsão do texto legal, para quem a suspensão se aplica “*desde o respectivo pedido*” (art. 163, § 8º da Lei nº. 11.101/2005) como, inclusive, já decidiu a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP:

Agravo de Instrumento. Recuperação Extrajudicial. Decisão que indeferiu a suspensão das Ações e Execuções em face das Devedoras. Reforma. o prazo de *stay period* corre automaticamente com o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, em relação às espécies de crédito por ele abrangidas, devendo ser ratificado pelo juiz se comprovado o quórum inicial de 1/3 de todos os créditos. art. 163, §8º, do NCPC. Hipótese em que noticiada a adesão de mais de 60% dos créditos sujeitos ao plano. Termo inicial do *stay period* a partir do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial. Decurso do prazo que não enseja a perda do objeto e interesse recursal. Agravo de Instrumento provido.⁴⁶

46 BRASIL. TJ-SP (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). AI n. 2297665-32.2022.8.26.0000. Relator: Alexandre Lazzarini. *DJe*, São Paulo, 12 ago. 2023.

É dizer que a Lei nº. 11.101/2005 concedeu à recuperação extrajudicial uma hipótese de *automatic stay* ainda mais contundente que a própria tutela de urgência do artigo 6º, § 12, bastante comum em caso de recuperação judicial, respeitado o limite do artigo 161, § 4º da norma.⁴⁷

Assim, basta a empresa preencher o quórum de ao menos 1/3 (um terço) de aprovação dos credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial para obter o *stay period*, bem por isso a Lei nº. 11.101/2005 fala em “ratificação” pelo magistrado (art. 163, § 8º), motivo pelo qual tem-se como termo inicial “o respectivo pedido de homologação judicial (e não a decisão que defere o seu processamento)”.⁴⁸

Dessa forma, apesar de ainda discutível a aplicação do artigo 6º, § 12 da Lei nº. 11.101/2005 na recuperação extrajudicial, cuidou o legislador, intencionalmente ou não, em trazer um mecanismo bas-

47 Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.

§ 1º Estão sujeitos à recuperação extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no § 3º do art. 49 e no inciso II do caput do art. 86 desta Lei, e a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional.

§ 2º O plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.

§ 3º O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

§ 4º O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

§ 5º Após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários.

§ 6º A sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III do caput, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

48 CUNHA, F. A. M.; DIAS, M. R. R. P. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Contraconcorrente, 2022. p. 809.

tante similar em seus efeitos, mas que sequer depende de comprovação do quanto disposto no artigo 300 do Código de Processo Civil.

Considerações Finais.

O acesso, agora expresso, à tutela de urgência dentro de um cenário de recuperação judicial ou extrajudicial, ainda que já existisse na prática, foi saudado como uma das grandes inovações da reforma da Lei nº. 14.112/2020.

Foram introduzidas ao menos duas medidas típicas de tutelas de urgência, previstas no artigo 20-B, §1º (tutela cautelar antecedente) e no artigo 6º, § 12 (tutela antecipada) da Lei nº. 11.101/2005, estabelecendo, respectivamente, prazo de suspensão para tentativa de composição via mediação e conciliação prévia ao ajuizamento da recuperação judicial ou extrajudicial e a possibilidade de antecipação dos efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Primeiramente, como se pôde observar, o alcance do §1º do artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 não se limita necessariamente a uma medida preparatória para a recuperação judicial, compreendendo uma série de alternativas para a empresa em crise, inclusive *out of court*, tendo a reforma da Lei nº. 14.112/2020 inaugurado um mecanismo inédito de reorganização de empresas no direito brasileiro, baseado na tutela cautelar da legislação processual civil, que alguns já tem chamado de medida pré-insolvencial.

Os precedentes e decisões avaliados elucidam diversos aspectos ainda controvertidos acerca da tutela cautelar antecedente na mediação e conciliação: a despeito de o *caput* do artigo 20-B da Lei nº. 11.101/2005 dispor tão somente sobre “processos de recuperação judicial”, é inegável que referido artigo se aplica também às recuperações extrajudiciais, por força dos seus artigos 20-B, §3º e 20-C, do Enunciado 12 e principalmente da jurisprudência em formação

ratificando essa possibilidade, em especial a recuperação extrajudicial da Unigel Participações S/A.

Por outro lado – e apesar dos precedentes e enunciados do Fonaref –, alguns temas ainda comportam discussão, como, por exemplo, o efetivo alcance e a comprovação da exposição do perigo de dano e da verossimilhança exigidos para concessão da tutela, passando pelo que acontece quando cessam seus efeitos e até mesmo a contagem do prazo para sua.

Já no que toca à tutela antecipada antecedente ou incidental, mais comumente utilizada para adiantar os efeitos do *stay period* à distribuição e/ou deferido da recuperação judicial, a discussão ainda persiste sobre a sua aplicabilidade ou não à recuperação extrajudicial.

Apesar de decisões em sentido contrário, ainda que discutível a aplicação do artigo 6º, § 12 da Lei nº. 11.101/2005 à recuperação extrajudicial, cuidou a reforma, intencionalmente ou não, em trazer no artigo 163, § 8º um mecanismo bastante similar em seus efeitos, mas que sequer depende de comprovação dos requisitos da tutela de urgência (art. 300 do Código de Processo Civil): com o quórum de ao menos 1/3 (um terço) dos credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial, a empresa pode obter um *automatic stay period*, que será apenas ratificado pelo juízo.

Dessa forma, apesar de ainda discutível a aplicação do artigo 6º, § 12 da Lei nº. 11.101/2005 na recuperação extrajudicial, cuidou o legislador, intencionalmente ou não, em trazer um mecanismo bastante similar em seus efeitos, mas que sequer depende de comprovação do quanto disposto no artigo 300 do Código de Processo Civil.

Há por fim, quem fale ainda numa terceira tutela de urgência atípica, que pode se revestir de diferentes formas e causas de pedir, derivada da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil prevista no *caput* do artigo 189 da Lei nº. 11.101/2005 e do poder geral de cautela do juízo.

Embora, como regra geral, a tutela de urgência busque resguardar os devedores, inclusive suspendendo as execuções e cobranças que poderiam inviabilizar a solução negocial – e evitar uma recuperação judicial ou extrajudicial –, em qualquer desses cenários, a análise dos requisitos para sua concessão e extinção deve também levar em consideração os interesses dos credores, como forma de prevenir o manejo abusivo de tais medida.

CARNAVAL CARIOCA E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL: INTERSEÇÕES ENTRE ECONOMIA CRIATIVA, DIREITO MARCÁRIO E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA¹

CARIOCA CARNIVAL AND INDUSTRIAL PROPERTY: INTERSECTIONS BETWEEN THE CREATIVE ECONOMY, TRADEMARK LAW AND TECHNOLOGY TRANSFER

*Isabelle Illiciev Lage**
*Felipe Ferreira Simões dos Santos***

Resumo: O artigo tem como tema a exploração da propriedade industrial pelas escolas de samba, atuantes em uma das mais importantes festas da cultura criativa da sociedade brasileira: o carnaval carioca. Justifica-se a pesquisa pela relevância que as festividades culturais, tal como o carnaval carioca, podem ter para a economia nacional, especialmente se alinhavada a uma correta proteção dos ativos intangíveis. O trabalho tem como objetivo investigar como as principais escolas de samba do Rio de Janeiro têm atuado para proteger suas marcas identificadoras de produtos e serviços. A metodologia adotada foi qualiquantitativa, com pesquisa bibliográfica e levantamento dos registros de marcas realizados pelas principais agremia-

¹ Artigo recebido em: 31.03.2025 e aceito em: 26.05.2025.

* Especialista em Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante da Comissão de Direitos Autorais, Direitos Imateriais e Entretenimento da OAB/RJ. Advogada. E-mail: isabelleilliciev@gmail.com.

** Doutorando e Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Negócios Financeiros pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pelo Instituto Metodista Bennett (Unibennett) e Administração de Empresas pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pesquisador sênior do Grupo de Estudo de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado. E-mail: lipe_simoes@yahoo.com.br.

ções de escolas de samba do Rio de Janeiro. O resultado do estudo aponta uma necessidade de melhoria na gestão dos ativos de propriedade industrial, a fim de maximizar o retorno econômico das agremiações e reduzir sua dependência das subvenções do Poder Público.

Palavras-chave: Carnaval. Economia Criativa. Escolas de Samba. Propriedade Industrial. Marcas.

Abstract: The article focuses on the exploitation of industrial property by samba schools, active in one of the most important events of Brazilian society's creative culture: the Rio Carnival. The research is justified by the relevance that cultural festivals, such as the Rio Carnival, can have on the national economy, especially when aligned with the proper protection of intangible assets. The aim of this study is to investigate how the main samba schools in Rio de Janeiro have been acting to protect their identifying trademarks for products and services. The methodology adopted was both qualitative and quantitative, involving bibliographic research and a survey of trademark registrations made by the main samba school associations in Rio de Janeiro. The results of the study indicate a need for improvement in the management of industrial property assets in order to maximize the economic return for the associations and reduce their dependence on government subsidies.

Keywords: Carnival. Creative Economy. Samba Schools. Industrial Property. Trademarks.

Sumário: Introdução. 1. O Carnaval Carioca e a Economia Criativa. 1.1. As Funções da Marca e sua Relevância para o Mercado. 2. O Cenário Atual da Gestão do Portfólio de Marcas das Escolas de Samba do Grupo Especial do Rio de Janeiro. 2.1. Estação Primeira de Mangueira. 2.2. Beija-Flor de Nilópolis, Portela e Acadêmicos do Salgueiro. 3. Da Análise sobre o Registro e o Uso das Marcas pelas

Escolas de Samba do Grupo Especial do Rio de Janeiro e o Potencial Econômico e Inovador dos Ativos Intangíveis. 3.1. O Licenciamento como Aliado Estratégico para a Expansão Comercial da Marca e o Desenvolvimento Econômico da Empresa e das Agremiações. Conclusão.

Introdução.

O carnaval traduz em festa diversos aspectos da cultura brasileira, sendo uma das mais populares festividades nacionais, contando com a proteção de alguns de seus bens culturais, incluindo as matrizes do samba no Rio de Janeiro, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN),² tamanha sua relevância para o país.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a investigar a exploração econômica do carnaval sob o prisma do direito marcário. O problema principal da investigação é examinar como é realizada a gestão do portfólio de marcas das escolas de samba Portela, Estação Primeira de Mangueira, Beija-Flor de Nilópolis e Acadêmicos do Salgueiro. A escolha desse recorte se deve pelo fato dessas agremiações serem as mais relevantes e premiadas escolas de samba do grupo especial do Rio de Janeiro.³

A justificativa dessa pesquisa se deve ao fato de que o carnaval é reconhecido internacionalmente, exportando a cultura brasilei-

2 IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Carnaval e Patrimônio Cultural: uma parceria que dá certo!* Publicada em 08 de fev. 2018. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/4533>. Acesso em: 26 dez. 2024.

3 Para referência do leitor, a Portela é a maior vencedora dos desfiles das escolas de samba, sagrando-se vencedora em 22 edições. Em segundo lugar, a Mangueira, com 20 desfiles vencidos, seguido da Beija-Flor, que venceu 15 edições dos desfiles e da Acadêmicos do Salgueiro, com 9 vitórias. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/carnaval/noticia/2025/03/05/maiores-campeas-do-carnaval-do-rj-veja-a-lista-das-escolas-de-samba-mais-vitoriosas.ghtml>. Acesso em: 21 mar. 2025.

ra, fomentando e impulsionando os setores social, econômico e tributário em diversos estados da Federação, especialmente o Rio de Janeiro, utilizando a economia criativa como força motriz para robustecer o setor econômico.

O objetivo geral da presente pesquisa é averiguar a gestão do portfólio de marcas das quatro principais agremiações de escola de samba do Rio de Janeiro, tendo como objetivos específicos identificar a conceituação do carnaval, da economia criativa, da marca e do licenciamento, bem como quantificar o real uso dessas marcas, como ativos intangíveis, pelas agremiações selecionadas.

Para tanto, a metodologia adotada neste artigo foi a qualitativa, com pesquisa bibliográfica e depuração e análise dos dados obtidos por intermédio do banco de dados do INPI, Autarquia Federal responsável pelos registros de marcas no país.

Após a introdução, o artigo está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, são explorados os pontos de contato entre a propriedade industrial e a economia criativa, notadamente pela sua relação de complementaridade no cenário carnavalesco. Mais adiante, ainda no capítulo inaugural, serão analisadas algumas das funções desempenhadas pelas marcas, de modo a demonstrar sua versatilidade e relevância no mercado, bem como os reflexos econômicos que o sinal marcário distintivo pode proporcionar ao seu titular.

O segundo capítulo se encarrega do levantamento dos registros, depósitos, e marcas extintas e arquivadas das quatro escolas de samba estudadas junto ao banco de dados do INPI, até a publicação da sua Revista de Propriedade Industrial (RPI) n.º 2825, em 25/02/2025.

No terceiro capítulo, será analisada a gestão do portfólio de marcas das escolas de samba à luz dos dados expostos no segundo capítulo e das atividades efetivamente desempenhadas pelas escolas de samba, extraídas dos seus *websites*. Ainda, será examinada a possibilidade de licenciamento de marcas como uma ferramenta de po-

tencial expansão comercial das agremiações e de fonte arrecadatória de receita, visando a minoração da dependência de investimentos externos, público e privado, para a realização de um dos eventos mais afamados no mundo e rentáveis do país.

O que se almeja com o presente artigo é trazer luz sobre o tema da propriedade industrial na indústria do carnaval pela ótica marcária, assunto que ainda é pouco tangenciado pela literatura especializada, prestando contributo ao debate do tema, sem a pretensão de esgotá-lo.

1. O Carnaval Carioca e a Economia Criativa.

O carnaval carioca é um dos eventos de maior expressão cultural do país e de grande relevo econômico, com repercussão nos mais variados setores da economia. A expressividade econômica da maior festividade popular fluminense pode ser constatada em números: segundo a RIOTUR, a edição de 2024 do carnaval carioca movimentou cinco bilhões de reais, gerou cinquenta mil empregos e arrecadou quinhentos milhões de reais em impostos.⁴

Tais resultados decorrem da relação intrínseca do carnaval com a economia criativa, cujo conceito, embora não seja uníssono na doutrina, pode ser compreendido como uma indústria de ativos culturais que geram receitas e empregos, bem como fomentam os direitos de propriedade intelectual, movimentando, por conseguinte, a economia.⁵

4 RIOTUR – Empresa de Turismo do Município do Rio de Janeiro. *Carnaval Rio 2024: O Maior Show da Terra*. Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://riotur.prefeitura.rio/wp-content/uploads/sites/21/2024/02/Coletiva-balanco-do-carnaval-A4-1.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2024.

5 MAIMON, Dalia; CARVALHO, Cristine; AFONSO, Rita. *Economia Criativa Enquanto Tecnologia Social: Um Estudo de Caso na Favela da Mangueira, Rio de Janeiro*. XVI Congresso Latino-Iberoamericano de Gestão da Tecnologia. Org. NITEC/ALTEC. Porto Alegre: 2015. p. 3 e 4. Disponível em: <https://repositorio.altecasociacion.org/bitstream/handle/20.500.13048/1360/241.823.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2024.

O estreito vínculo da economia criativa com a propriedade intelectual, por sua vez, pode ser explicado por meio dos seguintes pilares: (a) inovação como ferramenta de desenvolvimento cultural, social e econômico;⁶ e (b) criatividade como fator preponderante para a propulsão de um ambiente competitivo e de curva econômica ascendente.⁷

Sem a pretensão de esgotar tema profundo e complexo, a inovação, quando examinada sob o espectro econômico num viés neoschumpeteriano, se debruça sobre a inovação tecnológica como ferramenta que alavanca a atividade da empresa, caracterizando-se como elemento de vantagem competitiva, por constituir um elemento diferenciador no mercado.⁸

Quando examinada sob o prisma social, a inovação se reveste de uma natureza mais colaborativa em seus processos de construção, geralmente capitaneada por organizações não governamentais e pela iniciativa privada, almejando a “transformação das relações sociais que estão na origem do problema de coesão social [...]”.⁹

Em comum ao viés econômico e social da inovação, tem-se o conhecimento como elemento estruturante do processo inovativo¹⁰ e a criatividade como um importante recurso para a construção das suas bases fundantes. É a partir da soma do conhecimento e da cria-

6 WIPO - World Intellectual Property Organization. *Guide on Surveying the Economic Contribution of the Copyright Industries: 2015 Revised Edition*. Genebra: 2015. p. 7. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/893/wipo_pub_893.pdf. Acesso em: 08 jan. 2025.

7 *Ibidem*. p. 31.

8 SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P.S. de. *Inovação: Um Estudo Sobre a Evolução do Conceito de Schumpeter*. Caderno de Administração, v. 5, n. 1, 2011. p. 13-14. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/caadm/article/view/9014/6623>. Acesso em: 17 jan. 2025.

9 MAIMON, Dalia; CARVALHO, Cristine; AFONSO, Rita. Economia Criativa Enquanto Tecnologia Social: Um Estudo de Caso na Favela da Mangueira, Rio de Janeiro. XVI Congresso Latino-Iberoamericano de Gesto da Tecnologia. Org. NITEC/ALTEC. Porto Alegre: 2015. p. 3 e 4.

10 SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P.S. de. *Op. Cit.* p. 14.

tividade que se constrói a solução para determinado problema enfrentado, seja social ou econômico, consolidando, portanto, o resultado inovador¹¹.

A criatividade e a inovação têm relação sinérgica, formando um elo entre o desenvolvimento econômico e cultural, impulsionando o desenvolvimento sustentável da economia criativa, eis que (a) propaga e notabiliza a identidade cultural a nível nacional e internacional; (b) gera empregos; e (c) aquece a economia, promovendo a “inclusão social, a diversidade cultural e o desenvolvimento humano¹²”.

Nota-se, portanto, que o conhecimento, a inovação e a criatividade são características da economia criativa, ditando o tom da economia pós-industrial ao fornecerem vantagem competitiva no mercado e solucionar as problemáticas ínsitas à sociedade da informação, além de reforçar e valorizar a identidade de uma sociedade, resguardando seu acervo cultural¹³¹⁴.

Tal panorama evidencia que o desenvolvimento econômico e cultural não são compartimentos estanques, podendo caminhar na

11 SOUSA, Fernando Cardoso; NUNES, Florbela; MONTEIRO, Ileana Pardal. *Criatividade e Inovação Empresarial nas Indústrias Criativas*. Teoria e Prática em Administração, v. 5, n. 2, 2015. p. 126. Disponível em: <https://sapientia.ualg.pt/entities/publication/eb2822c6-7e02-4685-81ec-a5b9394c9331>. Acesso em: 31 jan. 2025.

12 BRASIL. Ministério da Cultura. *Relatório de economia criativa 2010: economia criativa uma opção de desenvolvimento*. São Paulo: Itaú Cultural, 2012. p. 40. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ditctab20103_pt.pdf. Acesso em: 08 fev. 2025.

13 WRUBLAK, Laura Regina; PALETTA, Francisco Carlos; SILVA, Terezinha Elisabeth. *Informação e conhecimento como agentes de transformação econômica*. Cadernos de Educação, Tecnologia e Sociedade, v. 15, n. 2. p. 22-32, 2022. p. 23 e 27. Disponível em: <https://doi.org/10.14571/brajets.v15.nse2.22-32>. Acesso em: 09 fev. 2025.

14 LOPES, Marcelo Antônio Parintins Masô. *A Importância do Carnaval Carioca na Arrecadação Tributária e no Fomento da Economia do Município do Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023. p. 78. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/21771/2/Disserta%3%a7%3c%3a3o%20-%20Marcelo%20Antonio%20Parintins%20Mas%3%b4%20Lopes%20-%202023%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2025.

mesma marcha e direção, desde que recebam atenção e investimento adequados por políticas públicas e pela iniciativa privada, revelando a vantajosidade do fomento da economia criativa, especialmente no que tange à inclusão socioeconômica.¹⁵

Nesse diapasão, à luz da relevância da economia criativa no país, o Ministério da Cultura (MinC) lançou, em agosto de 2024, as “Diretrizes da Política Nacional de Economia Criativa - o Brasil Criativo,¹⁶” sob a justificativa de que configura “tarefa do Estado prover as condições necessárias para que a criatividade seja o vetor de emancipação e de ativação da inteligência coletiva brasileira¹⁷”.

Dentre as diretrizes, o documento elenca a necessidade de “Fortalecimento e ampliação de marcos legais para a economia criativa brasileira, valorizando e protegendo a propriedade intelectual dos criativos brasileiros¹⁸”. Assim, é inegável a relação entre propriedade industrial, economia criativa do carnaval, cultura e desenvolvimento socioeconômico.

Todavia, muito embora seja senso comum a expressividade e a potência cultural, social e econômica do carnaval carioca, as políticas públicas capazes de fabricar postos de emprego – e consequentemente aquecer esse mercado – geralmente estão cingidas ao quadri-mestre anterior ao período carnavalesco,¹⁹ revelando a subutilização

15 REIS, Ana Carla Fonseca. *Transformando a Criatividade Brasileira em Recurso Econômico. In: Economia criativa como estratégia de desenvolvimento: uma visão dos países em desenvolvimento*. São Paulo, Itaú Cultural, 2008, p.142. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5771862/mod_resource/content/1/Livro%20Economia%20Criativa%20como%20es-trat%C3%A9gia%20de%20desenvolvimento.pdf. Acesso em: 30 dez. 2024.

16 Brasil. Ministério da Cultura. *Brasil Criativo: Política Nacional de Economia Criativa*. Publicado em 07 ago. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/cultura/pt-br/assuntos/noticias/minc-lanca-diretrizes-da-politica-nacional-de-economia-criativa-nova-secretaria-tambem-e-anunciada/brasiliativofolder2dobrasa40108.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2025.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 LOPES, Marcelo Antônio Parintins Masô. *A Importância do Carnaval Carioca na Arrecada-*

de importante recurso para o desenvolvimento socioeconômico e cultural do estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, não é surpreendente que tanto o aspecto econômico quanto o social sejam impactados pela ausência de planejamento e investimento estratégico na economia criativa do carnaval.

Sob a perspectiva social, entende-se desperdiçada a chance de promover inclusão social, em especial porque é notória a relação e participação das comunidades fluminenses em todas as etapas de produção do evento carnavalesco junto às agremiações de escolas de samba. Dissipa-se, assim, a possibilidade de desenvolver maior coesão social nas localidades atravessadas por questões sociais, eis que o investimento em cultura reflete no crescimento de capital social, promove e incentiva a educação e estimula o bem-estar da população.²⁰

Pela ótica econômica, o investimento sazonal na indústria do carnaval inibe a exploração do pleno potencial de geração de empregos, desincentiva o consumo de produtos que remetem à festividade e, em última análise, deixa de prestar contributo a economia fluminense de forma global.²¹ Como reflexo, os investimentos em propriedade industrial são subutilizados, esvaziando a possibilidade de uma gestão rentável dos ativos intangíveis e de crescimento em seu valor de mercado.

Vale destacar que as escolas de samba são associações que visam a consecução de seus objetivos sociais, notadamente a trans-

ção Tributária e no Fomento da Economia do Município do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

20 NYKO, Diego; ZENDRON, Patricia. *Economia Criativa*. In: PUGA, Fernando Pimentel; CASTRO, Lavínia Barros de (Org.). *Visão 2035: Brasil, país desenvolvido: agendas setoriais para alcance da meta*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. p. 259-288, 2018. p. 265. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16280/1/PRCapLiv214176_Economia%20criativa_compl_P.pdf. Acesso em: 25 jan. 2025.

21 *Ibidem*.

formação de uma comunidade ou sociedade na qual está inserida.²². Por isso, a existência e continuidade de uma associação está condicionada à sua própria habilidade de granjear os recursos para desempenhar a sua atividade fim, que serão acrescidas às subvenções que recebe do Poder Público.²³

Por essa razão, não se pode perder de vista que o carnaval é, por si só, um produto e uma experiência imersiva, indo além dos desfiles anuais na Marquês de Sapucaí. Isso porque as escolas de samba investem na fabricação e comercialização de diversos produtos e serviços aos seus torcedores e aficionados fora do tradicional período carnavalesco, como forma de captação de recursos, processo que envolve o uso e a exploração comercial das suas marcas.

Nesse sentido, as marcas desempenham um papel estratégico na economia do carnaval: ao exercerem suas funções típicas, são hábeis em comunicar informações cruciais sobre seu titular e sobre os produtos ou serviços oferecidos, tanto ao mercado quanto aos consumidores, estimulando o consumo e a economia, fidelizando a clientela e agregando valor ao seu sinal identificador.

1.1. As Funções da Marca e sua Relevância para o Mercado.

A compreensão do instituto marcário confere a dimensão e profundidade sobre a extrema relevância das marcas para as sociedades

22 OLAK, Paulo Arnaldo. *Contabilidade de Entidades Sem Fins Lucrativos Não Governamentais*. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 25. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-18072024-101013/publico/MsPauloArnaldoOlak.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2025.

23 SANTOS, Felipe Gorges dos. *A Contabilidade e a Contribuição de suas Informações para a Gestão de uma Escola de Samba: O Caso do Grêmio Recreativo Cultural Escola de Samba União da Ilba da Magia*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Contábeis). Faculdade de Ciências Contábeis da Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. p. 14. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/115615/Monografia_Felipe_Gorges_dos_Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 mar. 2025.

empresárias, para as associações, para o mercado e para o consumidor. Muito embora não seja o objetivo do presente artigo aprofundar e tampouco esgotar a análise sobre as funções desempenhadas pelas marcas, considerações gerais do instituto revelam a sua potencialidade comercial, o que se pretende avaliar brevemente nesse tópico.

Sendo a definição de marca um conceito dinâmico, que caminha *pari passu* às mudanças no perfil de consumo, do consumidor e do mercado, as funções exercidas pela marca também não encontram sintonia doutrinária, variando conforme o regime jurídico de propriedade industrial em cada país.²⁴

Pela Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/1996), notadamente em seu artigo 122,²⁵ é possível extrair, para além da definição legal de marca registrável no Brasil, a sua única função atribuída por lei: a distintividade.

A distintividade marcária, por sua vez, pode ser aferida por dois vértices: o primeiro, pela sua capacidade de se distinguir dos demais produtos ou serviços ofertados e disponíveis no mercado²⁶ a fim de elidir qualquer margem de confusão ou associação pelo consumidor com outras marcas existentes no mercado²⁷, e, o segundo, pela distância entre a marca (em sua forma nominativa, figurativa, etc.) e o produto ou serviço que pretende identificar.²⁸

24 VIAGEM, Salomão Antônio Muressama. Função distintiva da marca: alargamento ou redução do seu significado? *Revista Electrónica de Direito*, Porto, n.º 3, v. 17. p. 190-206, out. 2018. p. 192. Disponível em: https://cij.up.pt/client/files/0000000001/8_604.pdf. Acesso em: 18 fev. 2025.

25 Para a pronta referência do leitor, segue a íntegra da inteligência do art. 122 da LPI: “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.”

26 OLIVEIRA, Maurício Lopes de. *Direito de Marcas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 4.

27 SIMÕES DOS SANTOS, Felipe Ferreira. *Marcas Proibidas: A Irregistrabilidade de Marcas Idênticas às Designações e Siglas de Órgãos e Entidades Públicas*. Londrina: Thoth Editora, 2023. p. 28.

28 BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 45.

Nesse sentido, a Lei de Propriedade Industrial define, no seu artigo 124, inciso VI, que o sinal “genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo” em relação ao produto ou serviço que identifica, não é passível de registro. Na mesma marcha, o inciso XIX do artigo 124 também veda o registro de marcas que imitem ou reproduzam as marcas de terceiros, reprimindo atos que causem confusão ou associação entre marcas, empresas, produtos ou serviços.²⁹

Tais balizas para a vedação legal têm dois objetivos: o de resguardar a concorrência justa e leal no mercado, e o de assegurar que as relações de consumo não sejam expostas a atos que induzam o consumidor à confusão ou associação, dando suporte ao seu poder de escolha, notadamente porque nas relações consumeristas, é o consumidor o elo mais fraco da relação jurídica travada.³⁰

Noutro giro, muito embora a distintividade seja a única função de marca prevista legalmente, a doutrina brasileira mapeia algumas outras funções desempenhadas pelas marcas, sendo as principais, para o que importa ao recorte do presente artigo, a função de indicação de origem, a função publicitária e a função econômica.

A função de indicação de origem, embora um dia tenha sido considerada como uma das principais funções de marca,³¹ sofreu modificação conceitual ao longo tempo, notadamente porque, na sua gênese, era compreendida pela doutrina como a possibilidade de identificação do local de produção do produto, e, consequentemente, de seu produtor.³²

29 LAGE, Isabelle Illiciev. *Marcas Não-Tradicionais Visualmente Imperceptíveis: Uma Nova Perspectiva de Estudo*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Propriedade Intelectual). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023. p. 30.

30 *Ibidem*. p. 32.

31 CORREA, Carlos Maria. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007. p. 174.

32 MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

Tal ótica conceitual foi se desfazendo ao longo do tempo em razão das transformações do mercado, da globalização, das revoluções tecnológicas que remodelaram as formas de consumo e das próprias transfigurações das organizações empresariais³³⁻³⁴, o que culminou no protagonismo do instituto marcário.

Nessa marcha, conquanto a conceituação não seja uníssona na doutrina³⁵, leitura mais hodierna da função de indicação de origem aponta para um mecanismo de inibição da dissipação de informações inautênticas ou fraudulentas sobre a origem de um determinado produto ou serviço, o que se faz por meio da marca³⁶.

A função publicitária da marca, por seu turno, é bivalente: ao mesmo tempo em que propala o produto ou serviço que identifica, estimulando o consumo quando bem-sucedida e persuadindo o consumidor a escolher uma determinada marca, e não a sua concorrente³⁷; também pode desempenhar um papel informativo ao consumidor, divulgando dados comparativos entre os produtos concorrentes, contanto se respeitada as balizas do ambiente concorrencial justo e leal³⁸.

33 CESÁRIO, Kone Prieto Fortunato; MORO Maitê Cecília Fabbri. *Uma Breve Revisita às Funções Marcárias*. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Org. CONPED/UFF. Florianópolis: FUNJAB. p. 415-432, 2012, p.422. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63eb58bd4d3486f0>. Acesso em: 20 fev. 2025.

34 COMPARATO, Fábio Konder. *Capitalismo: Civilização e Poder*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 25, n.º 72. p. 251-276, 2011. p. 273, Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10585/12327>. Acesso em: 20 fev. 2025.

35 MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas*: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.38.

36 CESÁRIO, Kone Prieto Fortunato; MORO Maitê Cecília Fabbri. *Op. Cit.* p.9.

37 BEEBE, Barton. *Search and Persuasion in Trademark Law*. Michigan Law Review, Michigan, vol. 103, issue 8. p. 2020-2072, ago. 2005. p. 2044-2045. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1577&context=mlr>. Acesso em: 22 fev. 2025.

38 BESER, Fernanda Varella. *A publicidade comparativa e o direito do consumidor à informação*. Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual, vol. 06. p. 207-245, 2012. p. 242. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>. Acesso em: 21 fev. 2025.

E por fim, a marca também desempenha, essencialmente, uma função econômica, cujo principal objetivo é vocalizar a reputação e o seu valor de mercado,³⁹ além de estimular e salvaguardar a concorrência,⁴⁰ Afinal, para que a reputação da marca seja positiva e o valor de mercado da marca seja expressivo, é necessário o investimento em todas as demais funções que o signo distintivo é capaz de desempenhar.

Ademais, além de identificar o produto ou serviço, a marca contém uma série de informações que otimizam a tomada de decisão do consumidor, como por exemplo, a qualidade que se espera encontrar, sua faixa de preço e a sua origem. Com uma reputação positiva da marca no mercado, sendo reforçada por ações publicitárias que expandam o seu alcance para consumo e aumentam suas vendas, tem-se uma marca com alto valor de mercado e no pleno potencial de sua função econômica. Em última instância, a marca é vetor das informações dos produtos ou serviços, ao mesmo tempo em que cria conexões com o consumidor.⁴¹

Em sentido inverso, não havendo investimento no signo distintivo e sendo a marca incapaz de transmitir informações básicas ao consumidor, o referencial da marca para o consumidor será negativo, sendo o produto preterido por outro concorrente.

Assim, as funções desempenhadas pelas marcas evidenciam sua relevância tanto para as empresas, quanto para as associações, para os consumidores e para o mercado: no pleno exercício de suas

39 PAPANDREOU, A.G. *The Economic Effect of Trademarks*. California Law Review, California, v. 44, issue 3. p. 503-510, 1956. p. 503. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1109505>. Acesso 22 fev. 2025.

40 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 140.

41 BHAGWAN, Ashitha; KULKARNI, Namita; RAMANUJAM, Padmanabha. *Economic Rationale for Extending Protection to Smell Marks*. Munich Personal RePEc Archive, Ludwig-Maximilians-Universität München, Munique, 2007. p. 5. Disponível em: https://mpira.ub.uni-muenchen.de/5604/1/MPRA_paper_5604.pdf. Acesso em: 05 mar. 2025.

funções, a marca é apta a criar conexão com o seu público, estimular o consumo e, por conseguinte, fortalecer o fundo de comércio da empresa que investe na gestão e exploração de ativos intangíveis ou gerar nova fonte de receita para as associações.

2. O Cenário Atual da Gestão do Portfólio de Marcas das Escolas de Samba do Grupo Especial do Rio de Janeiro.

Após as exposições iniciais da seção anterior, em que demonstrada a relevância e o impacto da economia criativa do carnaval nas finanças carioca e as funções que a marca desempenha, especialmente no que se refere ao seu potencial comercial, importante analisar o portfólio das marcas das agremiações das escolas de samba do grupo especial do Rio de Janeiro, a fim de averiguar como se opera a exploração e gestão desses ativos pelas agremiações.

É cediço que as atividades desempenhadas pelas escolas de samba transcendem aos desfiles que ocorrem anualmente na Marquês da Sapucaí, em fevereiro. A bem da verdade, as escolas de samba, como um todo, possuem atividades diversificadas, que vão desde a comercialização de peças de vestuário a realização e participação em *shows*, além de programas de fidelização de sócio torcedor.

Assim, foram examinadas as marcas registradas de quatro escolas de samba do grupo especial do Rio de Janeiro, notadamente as quatro maiores campeãs de todas as edições dos desfiles⁴², a saber: (1) Estação Primeira de Mangueira; (2) Beija-Flor de Nilópolis; (3) Portela; e (4) Acadêmicos do Salgueiro.

Tal exame será realizado por meio da análise dos dados extraídos da base de dados do Instituto Nacional da Propriedade Indus-

42 Disponível em: <https://billboard.com.br/as-maiores-campeas-do-carnaval-as-escolas-que-dominam-a-folia-do-rio/>. Acesso em: 01 mar. 2025.

trial, o INPI⁴³, mormente pelas marcas registradas e depositadas de cada escola de samba acima apontada.

2.1. Estação Primeira de Mangueira.

A Estação Primeira de Mangueira, ou Mangueira como é popularmente conhecida, é uma das mais tradicionais escolas de samba do Rio de Janeiro, criada em 1928, reivindicando para si as cores verde e rosa⁴⁴.

Desde a sua criação, a Mangueira depositou vinte e sete pedidos de registro de marcas junto ao INPI, sendo o registro mais antigo datado de 1984, na forma nominativa, para a marca MANGUEIRA, na classe nacional 41, que reivindica, dentre outros serviços, os de caráter recreativo, social e cultural⁴⁵.

Atualmente, a Mangueira detém treze registros de marca vigentes, dentre os quais sete são de marcas nominativas, três são figurativas e três são mistas. Além disso, há três pedidos de registro de marcas mistas pendentes de exame pelo INPI.

Dentre as treze marcas registradas, dez estão inseridas na classe nacional ou internacional 41, reivindicando, basicamente, os serviços de “caráter desportivo, recreativo, social, cultural, comunitário, filantrópico e beneficente, sem finalidade lucrativa, todos os serviços incluídos nesta classe”.

Das três marcas restantes, duas, estão inseridas na classe 25, reivindicando peças de vestuário e chapelaria na forma figurativa, e uma está inserida na classe 35, reivindicando a “promoção do nome e das marcas do grêmio”, na forma nominativa.

43 Dados extraídos da base de dados atualizada até a RPI n.º 2825 do INPI, publicada em 25/02/2025.

44 Disponível em: <https://mangueira.com.br/site/historia-da-mangueira/>. Acesso em: 27 fev. 2025.

45 Registro n.º 811534987, extraído da base de dados do INPI.

Os treze registros de titularidade da Mangueira, em detalhe, podem ser vistos na tabela abaixo organizada, cujos dados foram extraídos da própria Autarquia:⁴⁶

Tabela 1 – Marcas Registradas da Estação Primeira de Mangueira

Registro	Marca	Classe	Data de Depósito/ Data de Concessão
811534987	MANGUEIRA	41:60	27/04/1984 03/09/1985
811572650	ESTAÇÃO PRIMEIRA DE MANGUEIRA	41:60	25/05/1984 05/11/1985
811572668	GR ES ESTAÇÃO PRIMEIRA MANGUEIRA 	41:60	25/05/1984 05/11/1985
825728240	G.R. ESTAÇÃO PRIMEIRA E.S. MANGUEIRA 	NCL(8) 41	22/07/2003 12/06/2007
825728258	MANGUEIRA DO AMANHÃ	NCL(8) 41	22/07/2003 12/06/2007
825728274	VELHA GUARDA DA MANGUEIRA	NCL(8) 41	22/07/2003 12/06/2007
825728282	BATERIA DA MANGUEIRA	NCL(8) 41	22/07/2003 12/06/2007
825728355	BOUTIQUE VERDE E ROSA	NCL(8) 35	22/07/2003 07/04/2009
825728371	A VERDE-E-ROSA	NCL(8) 41	22/07/2003 12/06/2007
917819934		NCL(11) 25	26/07/2019 14/04/2020
917820134		NCL(11) 25	26/07/2019 14/04/2020
918959977		NCL(11) 41	02/01/2020 27/10/2020
918960061	G.R.E.S. ESTAÇÃO PRIMEIRA MANGUEIRA 	NCL(11) 41	02/01/2020 27/10/2020

Fonte: INPI, 2025.

⁴⁶ Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Tabela organizada pelos Autores.

De outro lado, os três pedidos de marca da Mangueira, que estão pendentes de exame pelo INPI, foram depositados na forma mista.

Dentre eles, um está inscrito na classe 25, reivindicando “acessórios para cabeça [chapelaria]; chapéus [chapelaria]; bonés; camisas, camisetas, calças, bermudas, sandálias, chinelos, vestido, saias, vestuário, da classe 25”. Os demais pedidos pertencem a classe 41, reivindicando, dentre outros, os serviços de “[...] Organização e realização de eventos de entretenimento; Produção de shows; [...] Projeto Artístico/Show/Evento; Assessoria, consultoria e informação em atividades desportivas e culturais”.

A tabela abaixo sistematiza os depósitos de marcas da Mangueira, todos realizados no ano de 2025:⁴⁷

Tabela 2 – Marcas Depositadas e Pendentes de Exame da Estação Primeira de Mangueira

Pedido n.º	Marca	Classe	Data de Depósito
937595365	1928 G.R.E.S. ESTAÇÃO PRIMEIRA MANGUEIRA 	NCL(12) 25	09/01/2025
937596329	RIO VERDE ROSA 	NCL(12) 41	09/01/2025
937596485	VERDE ROSA O CAMAROTE 	NCL(12) 41	09/01/2025

Fonte: INPI, 2025.

⁴⁷ Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Tabela organizada pelos Autores.

Constata-se, portanto, que, dentre as marcas registradas e pendentes de exame pelo INPI depositadas pela Mangueira, 75% estão inscritas na classe de serviço 41, e os outros 25% são representados por marcas inscritas na classe de produto 25 e na classe de serviço 35. Tal quadro revela a preocupação da escola em proteger a sua atividade principal, qual seja, os desfiles anuais e os eventos que promove durante o ano, na medida em que se inserem na classe 41 de “*shows* e espetáculos”.

Contudo, como adiantado linhas acima, as escolas de samba possuem atuação mais ampla e menos sazonal daquilo que é o símbolo ou a expressão máxima do carnaval, isto é, os seus desfiles anuais. A Mangueira, por exemplo, possui loja própria para venda de vestuário com a sua marca, criou a sua própria revista e o seu programa de sócio torcedor.⁴⁸

Porém, não há no seu portfólio quaisquer marcas registradas que abranjam as atividades listadas acima, nem mesmo para a atividade de comércio *online* de vestuário que desempenha ou para o seu programa de sócio torcedor, englobadas na classe de serviço 35. A revista, por sua vez, já foi objeto de registro na classe 16, com a marca nominativa REVISTA DE CARNAVAL DA MANGUEIRA, tendo sido extinta em 2018 pela ausência de prorrogação do registro.⁴⁹ Além disso, também não há registro de qualquer marca na classe 45, reivindicando o licenciamento da propriedade industrial.

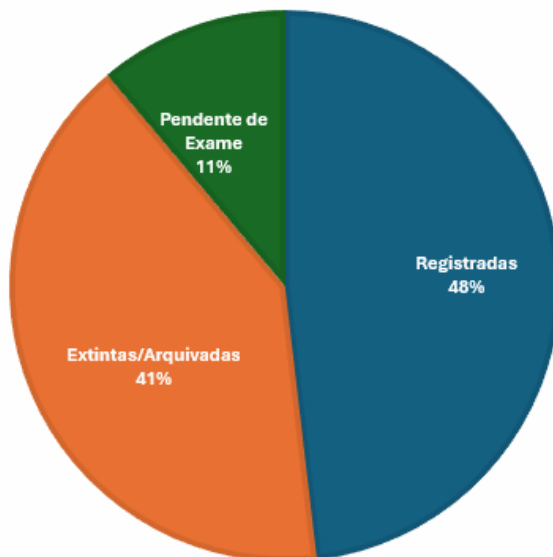
De toda a forma, a Mangueira possui um número relativamente expressivo de registros, reivindicando suas marcas nas formas nominativa, figurativa e mista, em mais de uma classe. O gráfico abaixo demonstra estatisticamente o *status* atual de todas as marcas que fo-

48 Disponível, respectivamente, em: <https://loja.mangueira.com.br/>; <https://mangueira.com.br/site/2025/02/25/revista-mangueira/>; <https://sociomangueira2.websitetesouro.com/socio/user/login>

49 Registro n.º 825728339, extraído da base de dados do INPI.

ram depositadas pela escola de samba⁵⁰, chamando a atenção o fato de que o percentual de marcas registradas é próximo ao percentual de marcas extintas:

Gráfico 1 – Status das marcas da Mangueira junto ao INPI



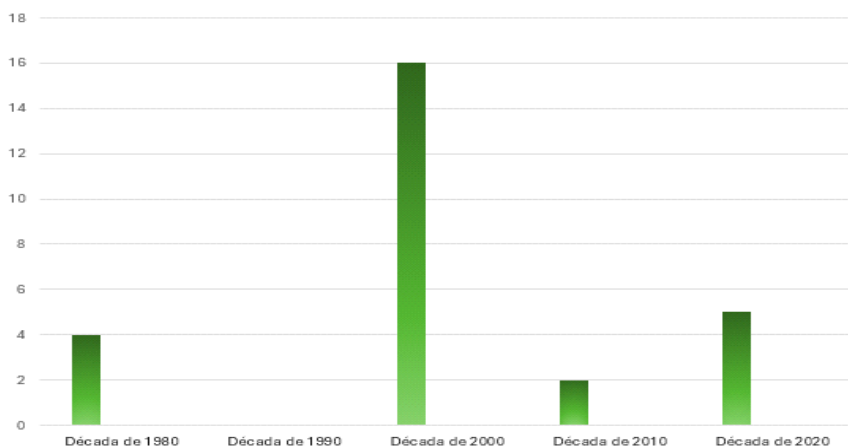
Fonte: Elaborado pelos Autores, 2025.

Outra característica que pode ser observada dos depósitos efetuados pela Mangueira é que o período de efervescência dos investimentos em propriedade industrial ocorreu no início dos anos 2000, sendo a maioria de seus depósitos realizados entre os anos 2002 e 2003⁵¹:

50 Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Gráfico elaborado pelos Autores.

51 Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Gráfico elaborado pelos Autores.

Gráfico 2 – Depósitos Efetuados pela Mangueira por Decênio



Fonte: Elaborado pelos Autores, 2025.

É possível notar que a Mangueira se utiliza do direito da propriedade industrial para proteger seu ativo intangível marca de forma cíclica, alternando entre períodos de maior atividade e de ímpeto mais arrefecido. Seja como for, fato é que há pleno potencial de investimento no portfólio de marcas da Mangueira, notadamente porque dentre os registros efetuados até então, não foram abrangidos alguns serviços e produtos dos quais a escola de samba comercializa ou oferta atualmente.

2.2. Beija-Flor de Nilópolis, Portela e Acadêmicos do Salgueiro.

As mais tradicionais escolas de samba, a Beija-Flor, a Portela e o Salgueiro possuem apenas um único registro de marca em seu portfólio atualmente. Por esse motivo, serão examinadas em conjunto nesta seção.

A Beija-Flor, criada em 1948, depositou apenas cinco pedidos de registro de marca desde a sua fundação, sendo quatro deles extintos ou arquivados. Seu único registro em vigor é para a marca mista BEIJA FLOR DE NILOPOLIS, inscrito na classe 41, reivindicando os serviços de “atividades artísticas e culturais e escola de samba”, como se vê na tabela detalhada abaixo:⁵²

Tabela 3 – Marca Registrada pela Beija-Flor de Nilópolis

Registro	Marca	Classe	Data de Depósito/ Data de Concessão
826346405	BEIJA FLOR DE NILOPOLIS 	NCL(8) 41	07/05/2004 22/08/2017

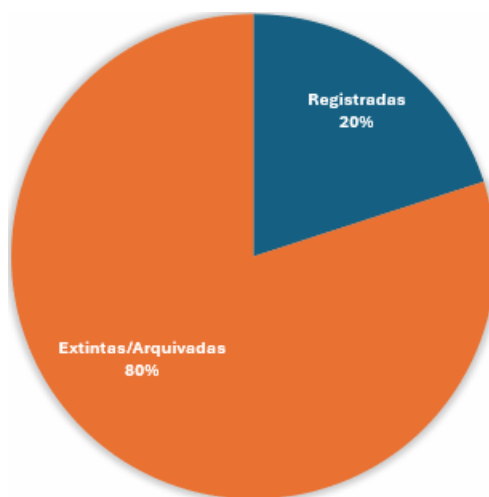
Fonte: INPI, 2025.

Muito embora o depósito da única marca registrada em vigor tenha ocorrido em 2004, os primeiros depósitos da Beija-Flor ocorreram em 1991, nas classes nacionais 41:20 e 41:70, para as marcas mistas GRES BEIJA-FLOR, hoje extintos. Basicamente, os depósitos de marcas da Beija-Flor ocorreram entre 1991 e 2005, todos na forma mista, sendo quatro deles na classe de serviço 41 e um único na classe de produto 16. Desde então, nenhuma outra marca foi depositada e o *status* de depósitos da Beija-Flor pode ser visto estatisticamente pelo gráfico abaixo organizado:⁵³

52 Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Tabela elaborada pelos Autores.

53 Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Gráfico elaborado pelos Autores.

Gráfico 3 – Panorama Geral da Gestão das Marcas da Beija-Flor



Fonte: Elaborado pelos Autores, 2025.

Nesse sentido, as mesmas considerações feitas ao portfólio da Mangueira se aplicam ao da Beija-Flor. Isso porque, conforme demonstra sua página eletrônica, a escola de Nilópolis também exerce diversas atividades para além dos desfiles⁵⁴ que poderiam ser objeto de tutela marcária. Afinal, a Beija-Flor também dispõe de loja própria com comercialização de peças de vestuário e acessórios⁵⁵, por exemplo, o que poderia ser abrangido por marca em classe própria.

Cenário parecido é o que ocorre com o Salgueiro, escola fundada na década de 50, que conta com sete depósitos de pedidos de registro de marca desde a sua criação. Dos sete depósitos, há uma marca registrada em vigor, quatro marcas extintas ou arquivadas, e dois pedidos depositados recentemente, pendendo de exame pelo INPI. A tabela abaixo demonstra, em detalhes⁵⁶, a única marca em

54 Disponível em: <https://www.beija-flor.com.br/>. Acesso em: 01 mar. 2025.

55 Disponível em: <https://www.beijaflorecommerce.com.br/>. Acesso em: 01 mar. 2025.

56 Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Tabela elaborada pelos Autores.

vigor do Salgueiro, na classe 41, reivindicando “Serviços de organização e apresentação de espetáculos e shows; apresentação de espetáculos ao vivo; promotor de eventos [se artísticos/culturais]; grupo musical.”:

Tabela 4 – Marca Registrada da Acadêmicos do Salgueiro

Registro n.º	Marca	Classe	Data de Depósito/ Data de Concessão
919211542	BATERIA FURIOSA G.R.E.S. ACADÊMICOS DO SALGUEIRO 	NCL(11) 41	13/02/2020 02/08/2022

Fonte: INPI, 2025.

Nota-se que a marca em vigor se reporta à bateria da escola de samba, não havendo registro para o nome da escola propriamente dito. A bem da verdade, tal não passou despercebido pela agremiação, de modo que uma das marcas depositadas que pendem de exame pelo INPI visam a apropriação marcária do seu nome, o que se mostra pela tabela abaixo estruturada:⁵⁷

⁵⁷ Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Tabela elaborada pelos Autores.

**Tabela 5 – Marcas Depositadas e Pendes de
Exame da Acadêmicos do Salgueiro**

Pedido n.º	Marca	Classe	Data de Depósito
936467517	G R E S ACADÊMICOS DO SALGUEIRO 	NCL(12) 41	02/10/2024
936467738	VILA OLÍMPICA DO SALGUEIRO 	NCL(12) 41	02/10/2024

Fonte: INPI, 2025.

Característica peculiar dos depósitos do Salgueiro é que todos foram feitos na forma mista e na classe 41, mesmo com as demais atividades desempenhadas pela agremiação, que seguem em linha com as demais escolas, com a comercialização de peças de vestuário e programa de sócio torcedor, por exemplo.⁵⁸

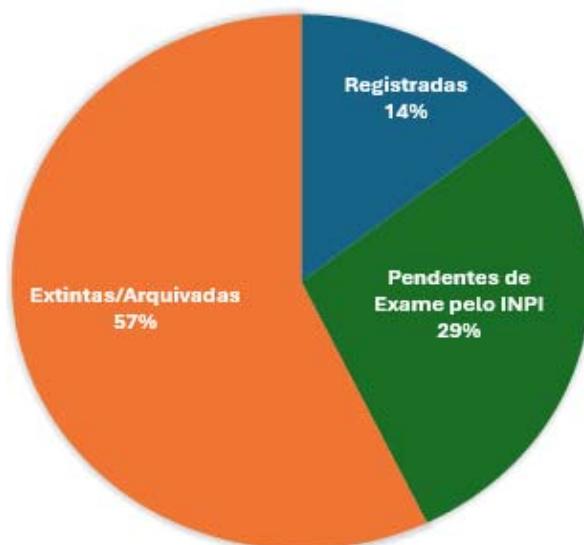
Ademais, outro fato que se destaca é o de que a escola iniciou o investimento em um acervo de marcas apenas em 30 de agosto 2010, data de depósito do seu primeiro pedido de registro marcário, hoje extinto pela ausência de prorrogação do registro por mais um decênio. O registro que inaugurou o seu portfólio reivindicava a marca mista G.R.E.S. ACADÊMICOS DO SALGUEIRO, na classe 41⁵⁹, tal como no pedido que pende de exame pelo INPI, depositado em 2024. Assim, o *status* de depósitos do Salgueiro pode ser visto estatisticamente pelo gráfico abaixo organizado:⁶⁰

⁵⁸ Disponível em: <http://www.salgueiro.com.br/>. Acesso em: 01 mar. 2025.

⁵⁹ Trata-se do extinto Registro n.º 902908952, extraído da base de dados do INPI.

⁶⁰ Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Gráfico elaborado pelos Autores.

Gráfico 4 – Panorama Geral da Gestão das Marcas do Salgueiro



Fonte: Elaborado pelos Autores, 2025.

Por fim, a Portela, escola mais antiga da cidade do Rio de Janeiro, fundada em 1923, procedeu a quinze depósitos desde a sua criação, sendo treze marcas registradas extintas ou arquivadas e um pedido de registro pendente de exame pelo INPI. O único registro da Portela ainda em vigor é para a marca nominativa PORTELA, na classe 41, reivindicando, dentre outros serviços, a “produção de shows assessoria, consultoria e informação em entretenimento [lazer] assessoria, consultoria e informação em atividades desportivas e culturais assessoria, consultoria e informação em educação [instrução]”, tendo sido depositado em 2008:⁶¹

⁶¹ Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Tabela elaborada pelos Autores.

Tabela 6 – Marca Registrada da Portela

Registro	Marca	Classe	Data de Depósito/ Data de Concessão
900959070	PORTELA	NCL(9) 41	06/06/2008 05/10/2010

Fonte: INPI, 2025.

Muito embora o único registro em vigor da Portela tenha sido concedido em 2010, o primeiro depósito feito pela escola ocorreu em 1985 para a marca mista GRES PORTELA ORDEM DA AGUIA⁶², concedido em 1987 e extinto em 1997, por ausência de prorrogação do registro. Aliás, a própria marca nominativa PORTELA⁶³ foi depositada em 1985 e concedida em 1988, na mesma classe 41, onde também fora extinta em 1998 por falta de prorrogação do registro. Como se viu pela tabela acima, a marca PORTELA, na classe 41, foi novamente reivindicada em 2008, sendo hoje o único registro vigente da escola.

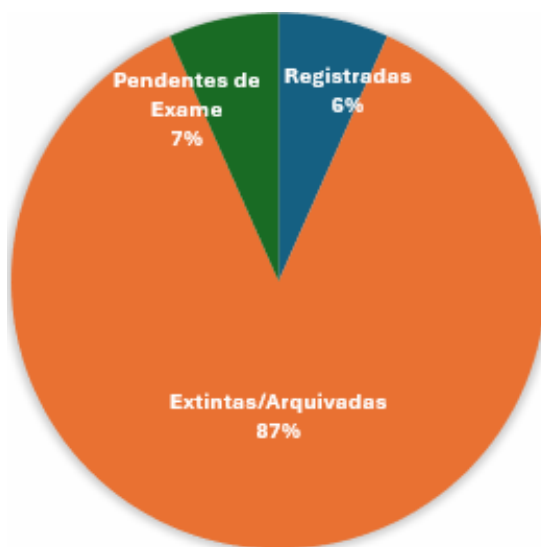
No mais, todas as marcas depositadas pela Portela foram inscritas na classe 41 e seu acervo possui depósitos de marcas em todas as formas, nominativa, figurativa e mista. Assim, o *status* de depósitos da Portela pode ser visto estatisticamente pelo gráfico abaixo organizado.⁶⁴

62 Trata-se do extinto Registro n.º 812025440, extraído da base de dados do INPI.

63 Trata-se do extinto Registro n.º 812345479, extraído da base de dados do INPI.

64 Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Gráfico elaborado pelos Autores.

Gráfico 5 – Panorama Geral da Gestão das Marcas da Portela



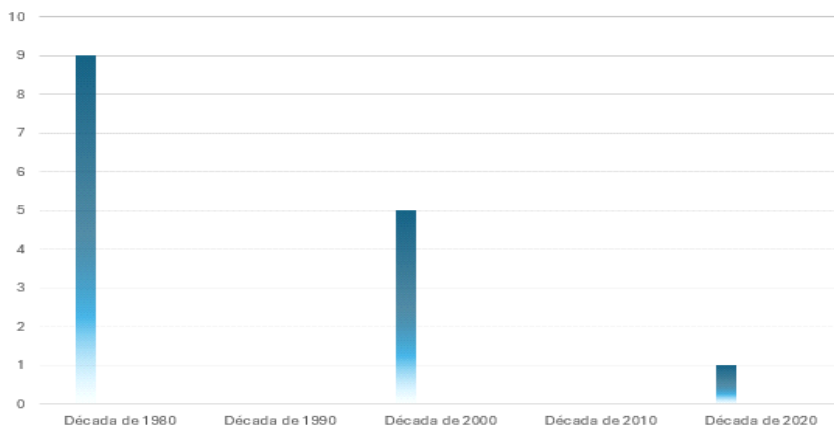
Fonte: Elaborado pelos Autores, 2025.

Outro dado que se pode extrair do acervo de marcas da Portela é que, tal como a Mangueira, os investimentos em propriedade industrial foram cíclicos, sendo os primeiros depósitos realizados na década de 1980, retomados nos anos 2000 e, após longa pausa, novamente recobrado em 2024, com um único depósito para marca mista PLANETA AZUL PORTELA, na classe 41,⁶⁵ ainda pendente de exame pelo INPI. Pelo gráfico abaixo, nota-se um decréscimo nos depósitos a cada retomada, ao longo das décadas.⁶⁶

⁶⁵ Trata-se do pedido de registro n.º 936372010, extraído da base de dados do INPI.

⁶⁶ Fonte: INPI, atualizada até a RPI n.º 2825, publicada em 25/02/2025. Gráfico elaborado pelos Autores.

Gráfico 6 – Depósitos Efetuados pela Portela por Décênio



Fonte: Elaborado pelos Autores, 2025.

O cenário do portfólio de marcas da Portela não é diferente das demais escolas de samba. Quando se observa as atividades desempenhadas pela Portela, vê-se que o único registro em vigor que possui, inscrito na classe 41, não alberga a ampla gama de produtos e serviços oferecidos. Isso porque, além dos eventos que promove e dos desfiles no carnaval, a Portela possui uma loja própria onde comercializa peças de vestuário e acessórios,⁶⁷ bem como possui seu programa de sócio torcedor,⁶⁸ por exemplo.

3. Da Análise sobre o Registro e o Uso das Marcas pelas Escolas de Samba do Grupo Especial do Rio de Janeiro e o Potencial Econômico e Inovador dos Ativos Intangíveis.

Todas as escolas de samba analisadas no tópico anterior, ape-

⁶⁷ Disponível em: <https://lojadaportela.com.br/>. Acesso em: 02 mar. 2025.

⁶⁸ Disponível em: <https://www.sociosdaportela.com.br/sejasocio>. Acesso em: 02 mar. 2025.

sar de serem as quatro maiores vencedoras das edições dos desfiles de carnaval, possuem condutas similares na gestão do portfólio de marcas: ênfase na proteção dos ativos na classe 41, voltada para os espetáculos e *shows*, deixando em segundo plano os demais serviços realizados ou produtos oferecidos, que poderiam ser objeto de registro de marca própria, apta a resguardar a respectiva atividade desempenhada pelas escolas.

Tanto o Salgueiro, quanto a Beija-Flor e a Portela não detém registros em outra classe que não a classe de serviço 41, muito embora todas comercializem peças de vestuário, por exemplo, que não estão abrangidos nessa classe. Na verdade, tais escolas possuem apenas um único registro em vigor, sendo a Portela a única a não deter um registro com marca figurativa ou mista, de forma a proteger o símbolo da agremiação.

Mesmo a Mangueira, a escola com maior número de depósitos e marcas registradas vigentes, deixa em segundo plano o potencial registro de marcas que protejam a sua revista, o seu programa de sócio torcedor e a sua loja enquanto *e-commerce*, por exemplo.

Tais fatos são importantes porque, como evidenciado no primeiro capítulo, a marca carrega consigo um conjunto de informações sobre o produto ou serviço e seu titular, bem como é capaz de captar a fidelidade da sua clientela⁶⁹ e otimizar o processo de escolha e aquisição de bens pelo consumidor.

Em um cenário onde o desfile na Marquês de Sapucaí é um evento afamado, prestigiado e com repercussão internacional, as marcas das escolas de samba, quando consolidadas e de boa reputação no mercado, podem transmitir ao consumidor, inclusive o estrangeiro, uma confiabilidade na qualidade do produto e a própria ideia

69 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento: Teoria do Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Segregação Patrimonial, Trade dress Eletrônico, Concorrência online, Ativos Intangíveis Cibernéticos e Negócios Jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 254-255.

de inovação,⁷⁰ o que valoriza o produto a ser comercializado e facilita tratativas negociais com possíveis parceiros comerciais.

Não obstante, alicerçada a marca no plano interno, também é possível se dedicar ao alinhamento entre marca e inovação, pensando tanto no mercado interno, quanto no externo, à luz da notoriedade do carnaval carioca no mundo. O registro marcário associado a uma estratégia publicitária personalizada ao mercado que se quer atingir, pode: (a) criar vantagem competitiva; (b) emanar a ideia de inovação a cada produto ou serviço lançado ou idealizado pelas escolas; e (c) por extensão, reforçar positivamente a identidade brasileira a nível global.⁷¹

Por isso, o trânsito livre e globalizado de conhecimento e informação transformou o mercado, redirecionando o protagonismo para os ativos intangíveis, dentre esses, as marcas e as estratégias comerciais que provoquem e instiguem o consumo, como a publicidade e o *marketing*,⁷² justificando a relevância dos investimentos em propriedade industrial.

Contudo, a indústria do carnaval parece caminhar em contra-fluxo aos investimentos em propriedade industrial pela ausência de percepção da potencialidade de tais ativos para o desenvolvimento econômico das escolas de samba e da sua atividade comercial, o que é atestado categoricamente por Luiz Carlos Prestes Filho:

No âmbito do direito marcário, a ausência de entendimento sobre a importância desses ativos in-

70 COIMBRA, Elisa Mara; FERES, Marcos Vinício Chein. *O caso Embraer e o ciclo de inovação sob a perspectiva da propriedade intelectual*. Sortuz: Oñati Journal Of Emergent Socio-Legal Studies, v. 13. p. 1-16, 2023, p.8-9. Disponível em: <https://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/view/1607/1911>. Acesso em: 03 mar. 2025.

71 KONGOLO, Tshimanga. *Intellectual Property Branding in the Developing World: A New Approach to Non-Technological Innovations*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2019. p. 41-42 e 65.

72 WRUBLAK, Laura Regina; PALETTA, Francisco Carlos; SILVA, Terezinha Elisabeth. Informação e conhecimento como agentes de transformação econômica. *Cadernos de Educação, Tecnologia e Sociedade*, v. 15, n. 2. p. 22-32, 2022. p. 27 e 28.

tangíveis se faz presente na medida em que não existe uma política gerencial de proteção de nomes, marcas ou logotipos, o que denota negligência na preservação das identidades das agremiações em geral, sobretudo se considerarmos o cenário internacional em que o samba está inserido como uma das formas de identificação do país.⁷³

Muito embora a afirmação acima transcrita tenha sido feita em 2009, remanesce atual o cenário lacunoso de investimento em marcas pelas escolas de samba. Sob outra perspectiva, a insciência do potencial econômico do investimento em propriedade industrial também reverbera na ausência de exploração de outro importante aliado estratégico para a expansão comercial: o licenciamento.

3.1. O Licenciamento como Aliado Estratégico para a Expansão Comercial da Marca e Desenvolvimento Econômico da Empresa e das Agremiações.

Pela locução do artigo 130, inciso II da Lei de Propriedade Industrial,⁷⁴ é defeso ao depositante ou titular do registro de marca licenciar seu uso a terceiro. À luz da perspectiva doutrinária, o licenciamento de marca pode ser compreendido em sua dimensão negativa, quando o titular se abstém de impedir o uso da marca por terceiro; ou positiva, quando o licenciamento é visto como um ato volitivo

73 PRESTES FILHO, Luiz Carlos. *Cadeia produtiva da economia do Carnaval*. Rio de Janeiro: e-papers, 2009. p. 35.

74 Para referência do leitor, segue a transcrição do dispositivo mencionado da Lei de Propriedade Industrial:

Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:
[...]

II - licenciar seu uso;

do seu titular, permitindo ao terceiro que explore a marca por um determinado período, para um determinado fim.⁷⁵

Distinção doutrinária relevante para o entendimento do licenciamento diz respeito à cessão de marca, pois certo é que tais institutos não se confundem. Isso porque, enquanto na cessão de marca há a transferência de titularidade da propriedade industrial, no licenciamento é concedida autorização do uso da marca por terceiro, estipulando as balizas para o seu uso.⁷⁶

A licença do uso de marca pode, dentre outros aspectos: (a) ser fixada em caráter exclusivo ou não; (b) delimitar o território geográfico e período temporal do uso da marca; (c) se materializar expressamente ou tacitamente, sendo certo que, na segunda hipótese, deve haver ciência e acordo entre as partes acerca do licenciamento, pois a contrafação não coibida não caracteriza anuência de licenciamento pelo titular; (d) ser ou não passível de sublicenciamento, caso assim disponha o contrato; (e) abranger a possibilidade de legitimação do licenciado para zelar pela marca, inclusive em litígios contra terceiros desautorizados; (f) demandar ou vedar o licenciado a promover a verificação da qualidade dos produtos ou serviços gravados pela marca licenciada, auxiliando a conservação da reputação, imagem e valor de mercado da marca; (g) estipular a obrigatoriedade de cooperação do licenciado quanto à medidas comprobatórias do uso da marca, se acaso desafiada por terceiro por meio do pedido de caducidade; e (h) ter ou não o contrato de licenciamento de marca averbado no INPI, embora a boa técnica incentive seu averbamento por meio de transferência de tecnologia junto à Autarquia para que tal

75 VIEGAS, Juliana L. B. *Contratos típicos de propriedade industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR Wilson Pinheiro (Coords.). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR Wilson Pinheiro (coords.). São Paulo: Saraiva. p. 57-142, 2007. p. 94.

76 SCHMIDT, Lélío Denicoli. *Marcas, Exercício e Extinção de Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 235.

produza efeitos à terceiros estranhos ao negócio jurídico entabulado entre as partes.^{77_78_79_80}

Ademais, a inteligência do dispositivo legal que recepciona o licenciamento de marca assenta que não é necessário haver tutela proprietária, corporificada pelo registro marcário, para que possa haver licenciamento, bastando a existência do depósito de marca para que tal possibilidade jurídica seja viável.

Contudo, a precariedade do título em que se funda o negócio jurídico - isto é, a partir da expectativa do direito de tutela proprietária e não da propriedade em si - requer a atenção do licenciante para a mensuração dos riscos. Afinal, sendo o licenciamento dependente da validade da marca, tal restará prejudicado se o pedido de registro for indeferido ou o registro objeto do licenciamento for anulado.⁸¹

Nesse sentido, tal cenário pode impactar o pagamento de *royalties*, sendo esse conceito entendido como uma “contraprestação

77 *Ibidem*. p. 235-236.

78 VIEGAS, Juliana L. B. Contratos típicos de propriedade industrial: contratos de cesso e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR Wilson Pinheiro (coords.). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, p. 57-142, 2007. p. 99-100.

79 Para referência, quanto à possibilidade de legitimar o licenciado a promover a tutela da marca licenciada, inclusive em eventuais litígios, consigna o artigo 139, parágrafo único da LPI: Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.

Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos.

80 Para referência, quanto à possibilidade de averbamento do contrato de licenciamento junto ao INPI, o artigo 140 da LPI assim dispõe:

Art. 140. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros.

§ 1º A averbação produzirá efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

§ 2º Para efeito de validade de prova de uso, o contrato de licença não precisará estar averbado no INPI.

81 SCHMIDT, Lélío Denicoli. *Marcas, Exercício e Extinção de Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 236.

a uma licença de direitos de propriedade industrial, como marcas”,⁸² na medida em que, caso averbado o contrato, o INPI rejeita o seu pagamento quando fundado na expectativa do direito, ou seja, pelo depósito de marca ainda não examinado.⁸³

Usualmente, é estipulado um valor variável pela contraprestação do licenciamento, com base nas vendas dos produtos licenciados ou um valor pré-fixado, com base no valor de cada unidade do produto.⁸⁴ Sendo o licenciamento uma ferramenta contratual hábil ao uso, exploração e comercialização da marca por terceiro, quando bem-sucedida a implementação dos seus termos negociais, a expansão comercial, crescimento no valor da marca e retorno financeiro parecem ser consequências lógicas.⁸⁵

Tais características podem explicar a franca ascensão do licenciamento como meio de expansão comercial a nível mundial, embora ainda não seja aproveitado em sua máxima potencialidade no Brasil.⁸⁶ Afinal, ao titular do registro ou do depósito, é permitida a licença a terceiro, apto a zelar pela marca, explorá-la e comercializar os seus produtos, devendo, ainda, uma contraprestação ao titular pelo uso do sinal.

Prova fática e inequívoca do potencial de sucesso do licenciamento de marcas e de personagens é a Disney, que conta com diversos produtos licenciados no mercado e demonstra, em última análise,

82 VIEGAS, Juliana L. B. Contratos típicos de propriedade industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR Wilson Pinheiro (coords.). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, p. 57-142, 2007. p. 105.

83 *Ibidem*. p. 104-105.

84 *Ibidem*.

85 BRANCHER, Paulo M. R. *Contratos de Licenciamento de Propriedade Industrial*. Autonomia Privada e Ordem Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 121.

86 ABRAL - Associação Brasileira de Licenciamento de Marcas e Personagens. *Marcas ainda exploram pouco os licenciamentos, diz associação*. Publicada em: 03 set. 2024. Disponível em: <https://abral.org.br/marcas-ainda-exploram-pouco-os-licenciamentos-diz-associacao/>. Acesso em: 04 mar. 2025.

a força da economia criativa enquanto ferramenta competente para impulsionar a economia como um todo.⁸⁷

Nesse sentido, as escolas de samba também podem encontrar no licenciamento uma ferramenta de expansão comercial e de robustecimento da economia carioca, proporcionando, por conseguinte, a angariação de recursos para a promoção dos desfiles como sua atividade principal e estimular a economia criativa, gerar empregos e fomentar o desenvolvimento socioeconômico. Nessa marcha, há projeção de dados que estimam que a indústria do licenciamento gera aproximadamente 1.500 empregos, diretos e indiretos.⁸⁸

Muito embora o licenciamento possa ser operacionalizado a partir do pedido de marca depositado junto à Autarquia competente, maior segurança jurídica é conferida à transação que se funda na propriedade, isso é, no registro. Assim é que o portfólio de marca, quando atento e bem estruturado, sempre favorece o seu titular e, quando empresa, o seu fundo de comércio.

Porém, à exceção da Mangueira, as três escolas de samba examinadas neste artigo possuem apenas um único registro em vigor na classe de serviço 41, para *shows* e espetáculos, sendo a Portela titular de uma marca nominativa, sem proteção à sua famosa águia em azul e branco, clássico símbolo da agremiação. Em contraste, todas as quatro escolas estudadas possuem, ao menos, uma loja virtual em que comercializam peças de vestuário e acessórios, o que indica a necessidade de revisão e atualização do portfólio de marcas.

Mesmo a Mangueira, com treze registros ativos, nas formas nominativa, figurativa e mista e em classes variadas, não agasalhou todos os produtos e serviços que dispõem aos consumidores por meio das marcas.

87 NYKO, Diego; ZENDRON, Patricia. In: PUGA, Fernando Pimentel; CASTRO, Lavínia Barros de (Org.). *Visão 2035: Brasil, país desenvolvido: agendas setoriais para alcance da meta*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2018. p. 265.

88 ABRAL - Associação Brasileira de Licenciamento de Marcas e Personagens. *Manual do Licenciamento de Marcas e Personagens*. Disponível em: <https://abral.org.br/wp-content/uploads/2023/06/Apresentacao-Manual-do-Licenciamento-de-Marcas-e-Personagens.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2025.

Em um contexto que as escolas de samba dependem de subvenções do poder público e investimentos privados para realizarem um dos maiores e mais afamados espetáculos no mundo e que vêm buscando ativamente novas fontes de arrecadação,⁸⁹ o investimento em suas marcas e no licenciamento pode ser um importante aliado para emancipá-las de tal dependência econômica. Em especial porque a história recente dá conta de severos percalços financeiros enfrentados quando a municipalidade carioca promoveu sucessivos cortes no repasse da subvenção, sendo certo que mesmo os eventos promovidos pelas escolas e a venda pontual de fantasias geravam receita insuficiente para custear os seus próprios desfiles, comprometendo o espetáculo.⁹⁰

Sem embargo, caso próspero de investimento em marcas no universo carnavalesco reforça a relevância nos investimentos em propriedade industrial: em 2022, a Liga Independente das Escolas de Samba do Rio de Janeiro (LIESA), investiu em uma nova identidade visual, por meio de uma nova marca, a RIO CARNAVAL, para reverter a imagem contraproducente do carnaval enquanto evento.⁹¹

Isso porque uma sucessão de fatos repercutiu na mídia e no mercado, afetando a reputação do evento, como o acidente envolvendo a alegoria de uma das escolas de samba em 2017, por exemplo, o que se tornou um forte entrave para angariar investimentos junto ao setor privado no decorrer dos anos.⁹² Daí que a criação de uma nova marca e identidade, somada a ações publicitárias envol-

89 SABINO, Pedro Pinheiro. *Escolas de Samba como Veículo Publicitário*: O Desfile dos Enredos Patrocinados. Anagrama, São Paulo, Brasil, v. 15, n. 2. p. 1–20, 2021. p. 2-3. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/anagrama/article/view/188839/178446>. Acesso em: 05 mar. 2025.

90 *Ibidem*. p. 2.

91 SOUZA, Felipe Santos. *Rio Carnaval*: uma marca para os desfiles das escolas de samba. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024. p. 55. Disponível em: <https://bdta.abcd.usp.br/directbits-tream/c4a4bac6-def9-430a-8342-aa19b06666e8/tc5200-Felipe-Souza-Rio.p...> Acesso em: 05 mar. 2025.

92 *Ibidem*.

vendo um novo sinal foram capazes de demonstrar recuperação e reversão do panorama de rejeição das empresas patrocinadoras, resgatando, em algum grau, sua reputação e investimentos.⁹³

A força e o potencial econômico da propriedade industrial não parecem, portanto, ser totalmente desconhecidos ao meio carnavalesco. Aliás, na coletiva de lançamento da marca RIO CARNAVAL, da LIESA, o seu então diretor de *marketing* afirmou que “com a marca conseguimos atrair ainda mais os patrocínios, criando oportunidades de investimento na festa, como, a criação de uma linha de produtos personalizados.”⁹⁴

Inclusive, a LIESA registrou a marca RIO CARNAVAL na sua forma mista, em seis classes distintas,⁹⁵ conquistando, ainda, diversos prêmios especializados em *branding*, tais como o Festival de Cannes, LAD Awards, D&AD Awards, *The One Show* e BDA (*Brasil Design Awards*).⁹⁶ Mas não é só: a LIESA é titular de treze registros ao todo, com o primeiro depósito realizado em 1986, e de doze pedidos de registro efetuados em janeiro de 2025.

Tal exemplo demonstra que o investimento em um portfólio de marcas que agasalhe todas as atividades efetivamente desempenhadas e a investida em licenciamento de marcas pode ser ferramenta profícua para a maximização de lucros e emancipação econômica das escolas de samba, merecendo, portanto, maior atenção à sua gestão. Afinal, são múltiplas as funções exercidas pela marca, sendo certa a aptidão e contributo dos sinais distintivos para a “construção da

93 *Ibidem*.

94 Disponível em: <https://liesa.globo.com/noticias/220210-marca-rio-carnaval-e-lancada-oficialmente-para-a-abertura-dos-desfiles-de-2022.html>. Acesso em: 06 mar. 2025.

95 Para referência do leitor, as marcas RIO CARNAVAL, da LIESA, estão registradas aos n.º 924887753 (classe de produto 20); 924887761 (classe de produto 25); 924887770 (classe de produto 28); 924887788 (classe de serviço 35); 924887796 (classe de serviço 41); e 924887800 (Classe de serviço 45, sendo esse especialmente relevante pois reivindica o licenciamento de propriedade industrial).

96 Disponível em: <https://diariodorio.com/marketing-marca-rio-carnaval-ganha-novos-elementos-pela-tatil-design/>. Acesso em: 06 mar. 2025.

imagem corporativa, constituindo o DNA da empresa, com benefícios para a reputação junto a muitos públicos, como investidores, fornecedores e funcionários.⁹⁷

Conclusão.

O presente artigo teve por objetivo abordar o uso do direito da propriedade industrial pelas agremiações de escolas de samba do Rio de Janeiro. A problemática principal se dedicou ao estudo de como as agremiações têm utilizado do registro de marca para se protegerem e se distinguirem das demais escolas de samba, tendo em vista o potencial que o assertivo uso das marcas pode repercutir positivamente para as finanças dessas entidades.

Os resultados do estudo apontaram que a propriedade industrial, especialmente as marcas, tem seu potencial pouco explorado pelas agremiações, o que se conclui pela análise do portfólio das quatro escolas de samba mais vencedoras das edições de desfiles: A Mangueira possui treze registros vigentes, sendo a maioria inscrita na classe 41, e, embora tenha investido em marcas na forma nominativa, figurativa e mista, as suas especificações não englobam algumas das atividades que desempenha; a Portela, a Beija-Flor e o Salgueiro possuem, cada uma, um único registro em vigor, inscrito na classe 41, sendo a Portela titular de marca nominativa, sem proteção ao seu clássico símbolo visual da águia nas cores azul e branca e, o Salgueiro, titular de registro voltado à sua bateria e não à escola em si.

O estudo também destacou, para além da subutilização das marcas como um instrumento de expansão comercial de cada escola de samba, que há reflexos quanto ao desenvolvimento do pleno potencial de exploração da economia criativa do carnaval. Isso porque

97 SATO, Silvio Koiti; PEREZ, Clotilde. *A Marca Ecológica: Comunicação Promocional e Gestão*. São Paulo: ECA-USP, 2024. p. 7. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/view/1312/1199/4605>. Acesso em: 06 mar. 2025.

a relação entre economia criativa e a economia em geral é intrínseca, sendo certo que o investimento na indústria criativa reverbera na economia como um todo, seja na geração de empregos ou movimentando o mercado.

Nesse sentido, o investimento no portfólio de marcas das escolas de samba pode fomentar um ciclo virtuoso à economia, à inovação e à criatividade, mormente porque sua boa gestão, a exploração acurada de todas as funções que a marca pode desempenhar e o licenciamento, aliados às estratégias promocionais, podem gerar empregos, estimular o consumo e aguçar cada vez mais os processos criativos ligados à indústria do carnaval.

Tal fato também é relevante sob a ótica social, notadamente pelo envolvimento e a colaboração das comunidades nas etapas de produção dos desfiles, assim como dos projetos sociais concebidos e executados pelas escolas de samba para as comunidades.

Nada obstante, sendo o carnaval uma expressão cultural e artística brasileira, tendo as matrizes do samba sido tombadas como patrimônio histórico pelo IPHAN, o investimento em cultura também impacta no crescimento de capital social, ao promover e incentivar a educação e estimular o bem-estar da população.

Ademais, a continuidade do carnaval enquanto espetáculo prestigiado, reconhecido e atrativo a nível internacional também demanda a diversificação das fontes de arrecadação das agremiações, na medida em que as escolas estão à mercê de investimentos públicos e privados, fazendo da investida em suas marcas e de seu licenciamento estratégias viáveis e com potencial de êxito para tal emancipação.

Nesse aspecto, a própria LIESA comprovou que um conjunto de ações coordenadas e estratégicas envolvendo as suas marcas foi capaz de refazer a imagem do carnaval, tanto no Brasil como no mundo, resultando numa solução rentável e benéfica ao carnaval, à economia e à cultura brasileira.

Sendo a marca capaz de criar uma conexão com o público e criar identidade própria da empresa, da associação e de seus produtos e serviços, sonegar tal investimento pode trazer efeitos deletérios ao seu titular. No caminho diametralmente oposto, o investimento assertivo em propriedade industrial pode maximizar a arrecadação da agremiação e ser determinante ao sucesso comercial. No caso do carnaval, tal investimento pode reforçar a identidade brasileira e a sua cultura, promover inclusão social e crescimento econômico da indústria cultural, bem como fomentar a economia criativa e a inovação, merecendo maior atenção pelas agremiações do Rio de Janeiro.

Neste sentido, como trabalhos futuros, sugere-se a ampliação do estudo para investigar junto às agremiações o motivo da baixa quantidade de requerimentos, bem como as poucas renovações dos certificados de propriedade, buscando identificar oportunidades de aperfeiçoamento na gestão do ativo de propriedade industrial, extremamente relevante para as agremiações de escola de samba.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional. Serão aceitos trabalhos redigidos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br

3. Ressalvadas hipóteses de publicação a convite dos Conselhos Editorial e Executivo, exige-se "graduação em instituição de ensino superior" como titulação mínima necessária para a submissão, observando o limite de, no máximo, 3 coautores por artigo. Não é permitida a submissão de artigos assinados por graduandos.

4. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

- (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
- (b) Orientação: retrato;
- (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (f) Espaçamento: antes e depois: 0 pt.; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
- (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
- (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

5. 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.

6. 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.
7. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pelos Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.
8. 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.
9. 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.
10. O autor deverá ceder, gratuitamente e com exclusividade, os direitos autorais do trabalho aprovado para os editores da **RSDE - Revista Semestral de Direito Empresarial** e para a **Editores Processo Ltda.-ME**, a fim de publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizadas a incluir o Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, online, intranet, via internet.
11. A Revista Semestral de Direito Empresarial - RSDE está licenciada com uma Licença Creative Commons - Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.
12. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.